

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105030202000121-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ISABEL LINARES RODRÍGUEZ
DEMANDANDO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ISABEL LINARES RODRÍGUEZ**, se **declare** la nulidad de la afiliación por la cual se trasladó del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) administrado por la AFP Porvenir, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **ordene** a Porvenir trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual en razón de su afiliación más los rendimientos financieros; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación al RPM, aceptar y recibir todos sus aportes provenientes del RAIS.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1 exp. Digital), señaló en síntesis, que nació el 21 de julio de 1961; que laboró para la ESE Hospital San Juan de Rioseco desde el 24 de abril de 1989 y hasta el 1° de enero de 2018, realizando aportes a pensiones así:

PERIODO		FONDO DE PENSIONES
DESDE	HASTA	
24/04/1989	31/12/1993	Fondo de Pensiones de Cundinamarca
01/01/1994	30/06/1995	Caprecundi
01/07/1995	30/09/2000	ISS
01/10/2010	31/03/2009	Horizonte hoy Porvenir
01/04/2009	30/08/2014	Colpensiones
01/09/2014	01/01/2018	AFP Porvenir

Indicó que, fue trasladada al RAIS a través de la AFP Horizonte mediante un formulario de afiliación radicado el 31 de octubre del 2000; que su empleador realizó aportes al ISS desde 2009, y hasta agosto de 2014, cuando sin mediar comunicación empezó a realizar los aportes a Porvenir, por lo que desconoce el porqué de sus aportes en ese fondo privado.

Señaló que, el 3 de abril de 2019, solicitó a Porvenir la anulación de su afiliación; que al comparar los formularios de cambio de régimen que le entregó su empleador y el de Porvenir evidenciaba algunas inconsistencias; y que el 11 de abril de 2019 solicitó ante Colpensiones la regularización de la afiliación al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, señaló que no le constaban por corresponder a un tercero y por no contar con el expediente administrativo de la actora. Propuso como excepciones las de perfeccionamiento de los actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad,

protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó (archivo 5, carpeta 1ª inst exp. Digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero y a otros que no eran ciertos; aclaró, que la afiliación de la señora Linares a Horizonte en el año 2000, se había dado de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se apreciaba en el formulario de vinculación -documento público- en el que se observaba la declaración escrita exigida por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Sostuvo que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con solidaridad se encuentran definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que le estuviese dado a las partes pactar condiciones diferentes.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 4 de marzo de 2022 (archivo 18-19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora ISABEL LINARES RODRÍGUEZ (...) del régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto del Instituto de Seguros Sociales al régimen de ahorro individual administrado por la HORIZONTE hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, con efectividad a partir del 1° de diciembre del 2000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Condénese a PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, esto es a partir del 1 de DICIEMBRE de 2000 Y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora ISABEL LINARES RODRÍGUEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

(...)

Fundamentó su decisión, en que se encontraba probado que la demandante nació el 21 de julio de 1961; que se afilió al RPM el 29 de febrero de 1988, donde cotizó inclusive hasta el 11 de noviembre del 2000; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación firmado el 31 de octubre del 2000; que en el interrogatorio de parte esta aceptó que el traslado se había realizado de forma voluntaria, cuando un asesor la visitó en el hospital donde ella trabajaba, que dio una asesoría grupal de aproximadamente 40 minutos y que le llegaban extractos.

Expuso, que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que el traslado de régimen puede tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito.

Explicó, que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría; que si el afiliado alegaba que la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario; esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo (sentencia CSJ SL1688-2019).

Indicó, que en el presente asunto la AFP que realizó el traslado de régimen pensional, esto es, Horizonte hoy Porvenir no actuó con el cuidado de dar toda la información necesaria para cumplir con la teoría de la voluntad informada, pues este era un tema especialísimo de altos conocimientos que solamente los alcanzan las personas que están dedicadas al oficio de administrar las pensiones.

Advirtió, que en el plenario no se había acreditado que la demandante hubiese recibido por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluía dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, de ahí que resultaba ineficaz el traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación argumentando que no se le podían imponer cargas que no existían para el momento de la afiliación de la demandante, pues para el año 2000, las asesorías se realizaban de manera verbal y la única constancia documental de ello era el formulario de vinculación, el cual era exigido

por la Superfinanciera y que era un documento público, que no había sido tachado ni objetado por la parte actora, luego el traslado había nacido a la vida jurídica de forma válida y efectiva.

Advirtió que, en los hechos de la demanda no se establecieron negaciones indefinidas respecto de que a la afiliada no se le hubiese entregado información, y por ende, no se podía invertir la carga de la prueba, quedando la misma en cabeza de la promotora del litigio en los términos del artículo 167 del CGP, siendo su actividad probatoria pasiva, pues solo se había limitado a negar que se le había brindado información frente a características propias del RAIS, por lo que no había razón para declarar la ineficacia del traslado de régimen, más cuando la motivación de la señora Linares para retornar al RPM era el monto de la mesada pensional, situación que no configura una causal de ineficacia.

Solicitó que, en caso de confirmarse la decisión de primera instancia, se absolviera a esa AFP de devolver lo descontado por comisiones de administración, porque este era un descuento autorizado por la ley, y porque producto de esas cuotas el capital de la actora dio unos rendimientos que terminaron incrementando el saldo de la cuenta de ahorro individual. Agregó que devolver ese dinero generaría un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, pues en el hipotético caso de que la señora Linares hubiese permanecido en el RPM igualmente se le hubiese descontado ese concepto.

Peticionó que, se revise la condena impuesta en costas y agencias en derecho, pues considera que son excesivas y que no se explicó las razones de su imposición.

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que, si se confirma la ineficacia del traslado por omisión al deber de información, se condene a la AFP Porvenir a trasladar a la afiliada conforme las reglas del RPM. Sostuvo que en Colombia existen miles de procesos ordinarios que buscan la ineficacia del traslado del RPM al RAIS por no cumplir las AFP con el deber de información, lo que está generando que Colpensiones reciba a todas esas personas con sus aportes, y que como consecuencia

de ello una vez cumplidos los requisitos de pensión, deba asumir el pago de una prestación.

Conforme lo anterior, argumentó que las sentencias de condena que se imparten resultaban incompletas, pues reconocen el derecho del afiliado de retornar al RPM, pero que esas decisiones afectaban los derechos de Colpensiones, quien se veía obligado a recibirlo, a actualizar su historia laboral y a reconocer una prestación, por lo que considera que esa entidad está siendo condenada por un hecho que no cometió, además que no participó de ninguna manera en la asesoría dada a la demandante.

Propone que se absuelva a Colpensiones de las pretensiones de la demanda, y se condene a la AFP que omitió el deber de información en el cambio de régimen a asumir la afiliación de la actora en los mismos términos que estaría en el RPM, inclusive al momento de reconocerla la pensión de vejez.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo que no fue objeto de alzada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos, que: i) la señora ISABEL LINARES RODRÍGUEZ nació el 21 de julio de 1961; ii)

se vinculó laboralmente con la ESE Hospital San Vicente de Paul en San Juan de Rioseco desde el 24 de abril de 1989 hasta agosto de 2018; *iii*) entre el 24 de abril de 1989, y el 31 de diciembre de 1993 el responsable de sus aportes fue el fondo de prestaciones sociales de su empleador (carpeta 16 carpeta 1ª inst. exp. Digital; *iv*) entre el 1º de enero de 1994 y el 30 de junio de 1995 el responsable de sus aportes fue Caprecundi (carpeta 17 carpeta 1ª inst. exp. Digital; *v*) se afilió al ISS donde aportó desde 1º de julio de 1995, hasta el 30 de noviembre de 2000, un total de 261,29 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones el 17 de junio de 2021 (carpeta 16 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *vi*) el **31 de octubre del 2000** se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario con la AFP Horizonte hoy Porvenir, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de diciembre de igual año (f.º 77 archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Aclara la Sala que, si bien el empleador de la actora entre abril de 2009, y agosto de 2014, realizó la cotización al ISS hoy Colpensiones, esta última entidad reportó para ese lapso *«aporte devuelto» «no vinculado trasladado RAI»*, es decir, que Colpensiones devolvió el aporte que la señora Linares pertenecía al RAIS, y en este proceso no está probado que ella hubiese retornado al RPM, luego esta es la razón por la cual sus aportes fueron enviados a la AFP Porvenir, pues esa es la última afiliación reportada desde el año 2000.

Empieza la Sala por referirse al argumento de Porvenir, referente a que en la demanda no se establecieron negaciones indefinidas respecto de la omisión al deber de información por parte de ese fondo; para lo cual se recuerda que el texto de la demanda es uno solo y como tal debe valorarse íntegramente, así por ejemplo en el asunto bajo examen, si bien en el acápite de los hechos no se indicó nada sobre la asesoría brindada o no por Porvenir al momento de la afiliación, en el acápite de *«concepto de vulneración de los derechos de la asegurada»* se indicó que: *i*) nunca recibió una asesoría por parte de Horizonte en donde le informaran las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS; y *ii*) en el año 2000 se acercaron a su lugar de trabajo unos asesores de Horizonte, con quienes tuvieron una reunión donde le expusieron que la mejor opción para pensionarse era el fondo privado, que el ISS se iba a acabar y corría el riesgo de perder sus aportes, que allí tendrían una pensión superior y que la podrían obtener a cualquier edad, que en

caso de fallecer los beneficiarios tendrían mejores beneficios que en el ISS o en Cajanal, razones por las que asaltada en su buena fe se trasladó. Igualmente sostuvo que solo le indicaron las supuestas ventajas del RAIS, pero absolutamente nada de las desventajas, pues NO le informaron que con el aporte realizado fruto de su trabajo no alcanzaría el capital necesario para la pensión y que por ello debía hacer aportes voluntarios.

De lo anterior es evidente que su pretensión, si bien no estuvo fundamentada en los hechos de la demanda, si lo estuvo en otro acápite de la misma, el cual, por ser parte integral del libelo introductorio, debe ser tenido en cuenta. Respecto a la valoración e interpretación de los actos procesales y del material probatorio, la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL532 de 2013, reiterado en sentencias CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 45120, CSJ SL. 4 jul 2012, rad, 38051 y CSJ SL, 5 nov. 2014 rad. 42613, ha señalado:

[...] corresponde al Juez interpretar el escrito de demanda para la obtención de los fines de la administración de justicia, teniendo en cuenta para ello todo el libelo introductorio procesal y con el debido cuidado de no alterar sus factores esenciales, en pro de descubrir la auténtica intención del suplicante, tal como lo ha asentado esta Corporación.

Conforme lo anterior, no se equivocó el juez de instancia al estudiar el caso desde la figura de la ineficacia, aplicando la inversión de la carga de la prueba respecto del cumplimiento del deber de información.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a

observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado esa Corporación que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas*

del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble

asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**31 de octubre del 2000**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

La AFP Porvenir, aportó al expediente el formulario de solicitud de afiliación y traslado suscrito el **31 de octubre del 2000**, del cual solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que la AFP cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de

abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

De otro lado, no podría sostenerse que al haber permanecido la actora en el mismo fondo desde el año 2000, era porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demostraba su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que

antecedan al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad. (Negritas fuera del texto original).

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora refirió que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones

Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

Por último, frente a la apelación de Porvenir relacionado con la condena en costas en primera instancia, advierte que esta Corporación que ello se da por ministerio de la ley, pues conforme el numeral 1° del artículo 365 del CGP la parte vencida en el proceso será condenada en costas, luego al resultar vencida en juicio era inevitable su condena en costa, y respecto de su elevado monto, este es un asunto de debe recurrir en el momento procesal oportuno conforme el artículo 366 del CGP.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada PORVENIR S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

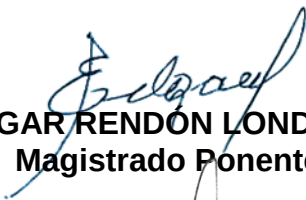
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la AFP Porvenir en la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105035202100261-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JESÚS GERARDO PÉREZ PÉREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JESÚS GERARDO PÉREZ PÉREZ** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado el 1 de julio de 1997 a través de la AFP Colfondos por omisión al deber de información. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la Cuenta de Ahorro Individual, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y bonos pensionales; se **ordene** a Colpensiones tenerlo como afiliado del RPM; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3-4 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 26 de mayo de 1961; que estando afiliado al RPM, en 1º de julio de 1997, se trasladó al RAIS mediante la afiliación a la

AFP Colfondos; y que posteriormente el 1° de febrero de 2001, se pasó a la AFP Protección.

Sostuvo que, la aparente decisión libre y voluntaria de traslado de régimen pensional no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP COLFONDOS S.A., por lo que no existió consentimiento, libertad y voluntariedad, que este se destacó por la indebida y nula información por parte de ese fondo de pensiones; que la AFP Protección no le informó antes del 26 de mayo de 2013, sobre la imposibilidad de trasladarse al RPM cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión.

Indicó que el 04 de junio de 2021 solicitó ante Colfondos S.A. y Protección su traslado de Régimen (ineficacia del traslado) hacia Colpensiones; y que el 2 de junio de 2021 petitionó ante Colpensiones su traslado de régimen pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que estuvo afiliado en el RPM, y que el 1 de julio de 1997, se trasladó al RAIS, y que elevó petición de traslado; frente a los demás dijo que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

COLFONDOS S.A., contestó (archivo 05 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, que este se afilió a esa AFP el 20 de junio de 1997, con efectividad a partir del 1 de agosto de 1997; que presentó una petición; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban y otros que no eran ciertos. Aclaró, que al momento de la afiliación le brindó al demandante información suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, tal como, que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumplieran los requisitos para acceder a la pensión y una vez fuese solicitada ante la AFP, pues esta se calculaba a partir de tres variables: La edad del posible pensionado y su grupo familiar determinando la expectativa de vida de los

beneficiarios de la pensión; el capital acumulado a la fecha del cálculo incluyendo aportes obligatorios y voluntarios, rendimientos y bono pensional si hay lugar a él; y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo del Fondo Especial de Retiro Programado; siendo la rentabilidad resultado del ejercicio en el mundo financiero, sin que ello implicara riesgo para el afiliado pues la superintendencia financiera en su deber de garante establece unos topes mínimos de rendimientos por los cuales las AFP debían responder a sus afiliados (artículo 16 decreto 656 de 1994). Y que el cumplimiento de estas variables y en consecuencia la edad y el monto de la pensión que lograra alcanzar dependían directa y exclusivamente de él y no de la Administradora del RAIS; que le entregó cálculos comparados que le permitían entender las condiciones pensionales que tenía, y también información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos s.a., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante y que este petitionó la nulidad del traslado de régimen pensional; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que el formulario de vinculación con esa AFP fue suscrito el 24 de enero de 2001; que no tenía obligación de realizar re asesoría o proyecciones pensionales con anterioridad al cumplimiento de los 52 años de edad; y que la afiliación del promotor del litigio no tenía vicios del consentimiento que llevaran a la nulidad ni causal de ineficacia.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 20 de enero de 2022 (archivo 22-23 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por JESÚS GERARDO PÉREZ PÉREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP COLFONDOS S.A., y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PROTECCION S.A., fondo en el que actualmente está afiliado, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP COLDONDOS y PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración, conforme al tiempo que ésta permaneció afiliada en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a JESÚS GERARDO PÉREZ PÉREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías Protección S.A.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada AFP COLFONDO S.A., por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$1.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas, sin costas a cargo de COLPENSIONES Y PROTECCION.

(...)

El Juzgado de primera instancia, **basó su decisión fundamentalmente** en que el señor Pérez Pérez se trasladó del RPM al RAIS a través de la AFP Colfondos mediante vinculación del 20 de junio de 1997, por lo que haciendo referencia a las diferentes sentencias relacionadas con la ineficacia del traslado que ha proferido la CSJ Sala de Casación Laboral, indicó que la carga de demostrar que informó al afiliado de manera clara, completa, veraz y suficiente recaía sobre la AFP Colfondos S.A., entidad que se encontraba en la posición de demostrar el supuesto de hecho positivo, es decir que no hubo asimetría en la información.

Señaló, que el deber de información al momento del traslado entre regímenes era una obligación que correspondía a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debía ser de tal diligencia, que permitiera comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión.

Agregó, que le correspondía a Colfondos S.A. demostrar que al momento del traslado de régimen del demandante le suministró información clara, completa y comprensible sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen, o si le informó

sobre los riesgos y efectos negativos de su decisión, pues recordó que conforme a la línea jurisprudencial que desarrolla la materia, la información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información; que como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Advirtió que, Colfondos S.A., no cumplió con su carga de demostrar que brindó una ilustración al actor en los términos antes señalados al momento del traslado de régimen, esto es, previo o durante la firma del formulario vinculación lo cual ocurrió el 20 de junio de 1997, lo que conllevaba a la ineficacia del traslado al RAIS, realizó a través de esa AFP.

Frente a los actos de relacionamiento por el hecho de haber realizado un traslado a la AFP Protección, indicó que esta entidad tampoco había demostrado que hubiese brindado una asesoría al promotor del litigio en los términos exigidos por la jurisprudencia, esto es, sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por ende, accedería a la ineficacia del traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que cada caso debe analizarse de manera particular; que el demandante no podía estar exonerado del deber que tenía de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, porque él no se encontraba disminuido para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de su elección dependía su futuro pensional, por lo que consideraba que había sido negligente en ese aspecto.

Explicó, que el demandante tampoco había hecho uso de los mecanismos legales para retornar al RPM, tales como el derecho de retracto o la rescisión, por lo que debe analizarse esta situación y aplicarse la ley.

Mencionó el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y que el interés general debe primar sobre el particular, porque la declaratoria de ineficacia aquí decretada afecta el patrimonio público, por cuanto tendría que pagarse una pensión a una persona que realizó un ahorro de forma individual el cual no es suficiente para financiar su prestación, además que no ayudó a costear las pensiones de los afiliados del RPM.

Insistió en que el actor al realizar traslados entre AFP ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS, por lo que debía aplicarse la sentencia CSJ SL4934-2020.

La **AFP COLFONDOS S.A.** interpuso recurso de apelación parcial respecto del numeral segundo, en el que se ordenó pagar con sus propios recursos los gastos de administración, argumentando que no se había tenido en cuenta que el capital del actor había generado unos rendimientos que se encontraban depositados en su cuenta de ahorro individual, que cuando el demandante se trasladó a otra AFP ellos habían remitido todo el capital de su cuenta incluyendo un 100% de lo que fue su cotización.

Indicó que, debía tenerse en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, fijaba cuales eran los aportes y como se distribuían, estableciendo que *«en el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes»*, por ende, lo había realizado amparado en la Ley; sumado a que estos no hacen parte del capital que financia la pensión de vejez en ninguno de los dos regímenes.

Consideró que los gastos de administración eran susceptibles de aplicar el fenómeno de la prescripción, y teniendo en cuenta que el actor se había retirado de Colfondos desde hacía más de 20 años, dichos conceptos estaban más que prescritos.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación parcial respecto del numeral segundo, en el que se ordenó pagar con sus propios recursos los gastos de administración, arguyendo que ese concepto estaba autorizado en la Ley 100 de 1993; además que con este fallo se estaba desconociendo los efectos jurídicos de una

declaratoria de nulidad, pues pese a que el artículo 1746 del CC trataba de las restituciones mutuas, aquí se desconoce que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras producto de la buena gestión realizada por Protección, y por tanto, esto era suficiente motivo para que esa entidad conservara lo descontado por gastos de administración.

Insistió en que, si la consecuencia jurídica de la ineficacia era que las cosas regresaran a su estado anterior, en estricto sentido se entendería que el contrato de afiliación nunca existió y por ello Protección nunca debió administrar las cotizaciones del actor, y en ese sentido no se generaron rendimientos. No obstante, esto sí ocurrió y la AFP si descontó unos gastos de administración, pero en recompensa ese capital generó unos rendimientos que se podían verificar en el extracto de la cuenta de ahorro individual del actor, por lo que estaba facultada para conservar los conceptos descontados.

Añadió que los gastos de administración si estaban afectados por el fenómeno de la prescripción, primero, porque es un concepto de tracto sucesivo causado por la periodicidad que impone la ley, segundo porque este no financia la pensión de vejez, y tercero, porque en estos procesos lo que se ha declarado imprescriptible es el derecho a demandar la ineficacia.

Advirtió que al exigirle devolver los rendimientos más los gastos de administración, se estaba generando un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Colfondos, la AFP Protección y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Colfondos, y posteriormente a otra AFP, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay

lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor JESÚS GERARDO PÉREZ PÉREZ nació el 26 de mayo de 1961; **ii)** que se afilió al ISS donde aportó desde el 10 de febrero de 1982, al 30 de junio de 1997, un total de 789,86 semanas (archivo 10 carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que el **20 de junio de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colfondos S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1º de agosto de igual año (f.º 87 archivo 05, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **iv)** que el 24 de enero de 2001 se vinculó con la AFP Protección (f.º 73-75 archivo 13, carpeta 1ª inst. exp. digital) donde ha venido cotizando hasta la fecha.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades

administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la

entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**20 de junio de 1997**–, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo

cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP suscrito el 20 de junio de 1997, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, o porque le realizaron una reasesoría como en este asunto, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negritillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la

persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima

media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario adicionar la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Colfondos S.A. y Protección, a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la

cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Por último, respecto de la autorización que solicita Colpensiones para ejercer acciones judiciales para reclamar perjuicios, advierte la Sala que esa entidad de encuentra en la libertad de interponer las acciones que considere necesarias en pro de resarcir los perjuicios que considere ocasionados.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas AFP Protección y AFP Colfondos, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a pagar con su propio patrimonio y trasladar a Colpensiones, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima debidamente indexados. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la AFP Protección y AFP Colfondos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de AFP Protección y AFP Colfondos, la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105037201900844-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ASTRID ESPERANZA SOMBREDERO PEÑUELA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES

Pretende la señora **ASTRID ESPERANZA SOMBREDERO PEÑUELA**, se **declare** la nulidad y/o ineficacia del traslado del régimen de prima media (en adelante RPM), al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado en julio de 1999, a través de la AFP Colmena hoy Protección, y las vinculaciones posteriores. En consecuencia, se **condene** a la AFP Porvenir retornarla al RPM junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, los frutos e intereses, y rendimientos que se hubiesen causado en el RAIS; se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM y recibir todos los aportes provenientes del RAIS;

que se **condene** a las demandadas ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 1-5 exp. físico), señaló en síntesis, que desde el 4 de mayo de 1989, hasta el 31 de agosto de 1999, estuvo afiliada y realizando aportes al ISS, logrando acumular 513 semanas; que en el año 1999, cuando estaba laborando para el Laboratorio Farmacéutico Specia S.A., un asesor de Colmena le presentó el nuevo régimen pensional y le aseguró que el ISS se acabaría, y que en ese fondo podría pensionarse de forma anticipada y podía hacer retiros parciales del capital ahorrado, que su pensión la podía heredar a quien quisiera, y que le realizaron una proyección pensional manifestándole que a sus 50 años de edad su mesada sería de \$8.000.000 si mantenía su promedio salarial; que por todo lo anterior aceptó trasladarse al RAIS.

Indicó que, el asesor de Colmena nunca le explicó que perdería los beneficios del RPM, ni que podía regresar a este; que en el mes de julio de 2006, mientras tramitaba un crédito hipotecario con el Banco Ganadero le ofrecieron una mejor tasa de rendimiento en su pensión obligatoria si se pasaba a Horizonte que era una empresa de ese mismo grupo empresarial; que una asesora de Horizonte la visitó en su oficina en el Laboratorio Aventis, y allí le informó que tenía la posibilidad de pensionarse de forma anticipada con una buena mesada, que podía heredar su dinero, que esa AFP tenía respaldo financiero de una empresa privada, le ratificó que su mesada sería acorde a sus altos ingresos y le aconsejó que permaneciera en un fondo privado, que podría hacer retiro parcial del capital ahorrado, y que por ello autorizó su traslado.

Sostuvo que, en marzo de 2008, un amigo le presentó una asesora de la AFP Old Mutual hoy Skandia, y en este empezó a ahorrar en pensiones voluntarias, pero que *«el traslado realizado a la AFP Old Mutual S.A., lo debió reversar en 2014 por el compromiso de permanecer en Horizonte para obtener una mejor tasa en un préstamo hipotecario»*; que a agosto de 2019, tenía 1.399 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que radicó petición con el fin de que se declarara nula su afiliación ante Colpensiones y las AFP Protección, Porvenir, Skandia, pero todas esas entidades le respondieron que no podían acceder a lo solicitado; y que Porvenir le realizó una simulación pensional informándole que a sus 57 años de edad tendría derecho a una mesada pensional de \$3.083.100, mientras que a esa misma edad en Colpensiones sería de \$6.596.652.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

COLPENSIONES contestó (f.º 232-244 exp. Físico), oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos aceptó que la demandante estuvo vinculada a esa entidad, y que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero. Formuló como excepciones de fondo, las de aplicación del precedente establecido en la sentencia CSJ SL373-2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, e innominada o genérica.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (f.º 141-154 exp. físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, refirió a unos que no le constaban por corresponder a terceros, o que no eran ciertos. Aclaró, que la demandante se vinculó a esa AFP mediante la suscripción de un formulario de afiliación con Colmena el 12 de julio de 1999, y posteriormente ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS al firmar formulario de vinculación con la AFP Protección el 16 de mayo de 2001, que en esas dos ocasiones se le brindó una asesoría clara, completa y oportuna sobre las características de ambos regímenes pensionales, y que puntualmente respecto del RAIS se le había ilustrado sobre la construcción de un capital en una cuenta de ahorro individual que generaba unos rendimientos, la cual determinaba el monto de la pensión, el carácter variable de la mesada al estar determinada por el comportamiento de la cuenta a lo largo del tiempo y las regulaciones financieras al respecto, la posibilidad de que su capital fuera heredado en caso de fallecer, la facultad de hacer aportes voluntarios, la fecha de redención de su bono pensional, la garantía de pensión mínima y la opción de una devolución de saldos.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, traslado de aportes y la innominada.

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó (f.º 172-186 exp físico) oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, solo aceptó que la actora

estuvo afiliada al ISS, que realizó aportes voluntarios a esa AFP y que radicó una petición, pero la misma tuvo respuesta negativa; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, la demandante se incorporó a ese fondo y había aportado a pensiones obligatorias entre el 1 de mayo de 2008 y el 30 de noviembre de 2008, cuando realizó traslado a Horizonte, que esa vinculación se realizó de manera libre y voluntaria según la firma plasmada en el formulario de afiliación, que había cumplido a cabalidad con las normativas referentes a las asesorías comerciales de la época, es decir, le manifestó a la potencial afiliada las condiciones que por ley le correspondía realizar respecto de su función como AFP para la fecha de afiliación efectiva de la demandante.

Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (f.º 207-221 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos solo aceptó la petición ante ella radicada y que emitió respuesta negativa a la misma; frente a los demás refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que al momento de la vinculación de la demandante se ofreció a esta una asesoría personalizada, profesional, comparada y completa en la que dieron información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para la toma de una decisión consiente, tal como lo disponía el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993.

Informó que, en esa asesoría se le había ilustrado entre otras cosas, sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta de ahorro individual (110% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial), que podía realizar aportes voluntarios, que tendría derecho a un bono pensional, y que su vinculación al RAIS era completamente voluntaria.

Indicó que, le había comunicado que entre los beneficios más importantes del RAIS se destacaban, que en caso de que el afiliado muriera y no cumpliera con el capital para pensionarse, sus herederos podrían disponer de ese capital, en caso de no completar el capital necesario para la pensión y si contaba con 1150 semanas de cotización, podría acceder a la garantía de la pensión mínima, si el monto de su pensión llegara a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podrá disponer de sus excedentes de libre disposición; que también le había explicado

las características del Régimen de Prima Media, y la forma de acceder a las prestaciones correspondientes.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 31 de enero de 2022 (f.º 265-267 exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante señora ASTRID ESPERANZA SOMBREDERO PEÑUELA.

SEGUNDO: Por el resultado de la decisión impongo COSTAS a la parte demandante, para tal efecto fijo como agencias en derecho la suma de \$50.000 a favor de cada una de las entidades demandas, que será liquidada con posterioridad por secretaria en la etapa procesal pertinente.

El Juzgado, **basó su decisión fundamentalmente** en que se acogía a la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, en donde se fijaron unos parámetros para resolver los casos de ineficacia, considerando que estos se condensan en las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019.

El primer parámetro, era que las AFP desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional, lo que se concluye de la interpretación del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues solo podía entenderse que una decisión era libre y voluntaria cuando estaba precedida de una información suficiente para tomar esa decisión, la cual debe contener por lo menos una ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales.

El segundo, que de la firma del formulario de afiliación por parte del afiliado podía colegirse una voluntad, pero ello no podía darle el efecto de que este fue debidamente informado, pues del cumplimiento de este deber, deriva la eficacia o no del traslado.

Agregó que en ese sentido ese documento no resultaba suficiente para dar por cumplido ese deber, por lo que las AFP debían acreditar con otros medios de prueba su cumplimiento.

El tercero, referente a que eran las AFP quienes tenían la carga de la prueba de demostrar que atendieron su objeto social con el debido cuidado y diligencia. Y Cuarto, que la línea jurisprudencial de ineficacia aplica para todos los afiliados sin discriminación alguna, por su condición especial o porque tenga alguna expectativa pensional.

Expuso, que en este caso estaba acreditado que la demandante se había trasladado al RAIS a través del formulario de afiliación suscrito con Colmena el **12 de julio de 1999**, data para la cual acreditaba una densidad de 511 semanas en el RPM; que igualmente se aportaron formularios de traslados horizontales, firmados en las siguientes fechas: *i)* a Protección el 14 de mayo de 2001; *ii)* a Horizonte el 14 de julio de 2006; *iii)* a Skandia el 10 de marzo de 2008; y *iv)* a Horizonte hoy Porvenir el 7 de octubre de 2008 donde permanece.

Indicó, que los formularios de afiliación obrantes en el plenario cumplían con todos los requisitos formales exigidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994; no obstante, de ellos no se podía colegir que la afiliada hubiese sido debidamente informada para tomar la decisión del traslado de régimen; que de la declaración de parte de la actora, se podía extraer que a ella le habían sido explicados detalles de los beneficios del RAIS desde su vinculación inicial al igual que las asesorías que recibió para cada traslado horizontal que realizó, por lo que ella tenía claro el beneficio de la pensión anticipada, que podía hacer aportes voluntarios lo que efectuó, de lo que evidenciaba que conocía y usó las bondades de ese régimen durante su vinculación al mismo.

Explicó que, lo anterior le permitía concluir que desde la asesoría inicial esos aspectos habían sido puestos en su conocimiento como parte integral de la asesoría dada por Colmena, y en consecuencia se había cumplido con los requisitos generales del deber de información para esa etapa, pues coligió que se le habían explicado las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, interpuso recurso de apelación afirmando que ninguno de los asesores de las AFPs en las que estuvo afiliada le informaron que podía retractarse de su decisión de estar en el RAIS y retornar al RPM, que esa omisión en el deber de información la hizo permanecer en un error, el cual hoy está afectando sus derechos constitucionales como el mínimo vital, una vejez digna, a la seguridad social, entre muchos otros.

Explicó que, desde la creación de los fondos privados estos tenían en su cabeza la obligación de brindar una información clara, suficiente, oportuna y precisa a sus potenciales afiliados acerca de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, para lo cual citó la sentencia CJS SL334-2021.

Insistió que, para la data del traslado de régimen no se le explicó la diferencia de pertenecer a uno u otro régimen pensional, información a la que solo accedió con ocasión de esta demanda.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad que hizo la demandante a través de la AFP Colmena hoy Protección, y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por el actor en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora ASTRID ESPERANZA SOMBREDERO PEÑUELA nació el 29 de noviembre de 1965; *ii)* que se afilió al ISS donde aportó desde el 5 de mayo de 1989, hasta el 31 de agosto de 1999, un total de 510,29 semanas según historia laboral emitida por Colpensiones actualizada al 5 de julio de 2019 (f.º 120-121 exp. físico); *iii)* que el **12 de julio de 1999**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Colmena hoy Protección (f.º 156 v exp. físico); y *iv)* que realizó traslados horizontales entre fondos privados así:

- A Protección el 14 de mayo de 2001
- A Horizonte hoy Porvenir el 14 de julio de 2006
- A Skandia el 10 de marzo de 2008
- A Horizonte hoy Porvenir el 7 de octubre de 2008, y aquí permanece hasta la actualidad.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Previo a resolver lo pertinente, debe precisar la Sala, tres aspectos, el primero que el presente asunto debe abordarse desde la figura de la **ineficacia** puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considere se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

El segundo, que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues precisamente en la sentencia CSJ SL1452-2019 citada por el *a quo* se señaló que exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009).

Y el tercero, que las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y

finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–12 de julio de 1999–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019 y CSJ SL1689-2019, entre muchas otras), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 - posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colmena hoy Protección tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Colmena suscrito el 12 de julio de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que esa AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre,*

espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Y del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que una vez escuchado el audio en su integridad se encontró que la señora Sombredero Peñuela realizó el cambio de régimen pensional (12/07/1999), porque un asesor de Colmena la visitó en su lugar de trabajo y en esa asesoría este indicó que el ISS se iba a acabar; que por ser una persona con un buen salario le era más conveniente estar en un fondo privado; que tendría ventajas como pensionarse de forma anticipada incluso a los 50 años de edad; que debía ahorrar y después de un tiempo y un capital podría pensionarse sin cumplir edad; que esa AFP tenía mucho respaldo financiero y que su dinero ganaría intereses; que en caso de fallecer sus aportes serían heredables; que leyó el formulario de Colmena y eran solo datos básicos de ella, que no le explicaron que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual, ni los requisitos para pensionarse de forma anticipada, que ella supone que lo cotizado en el ISS pasaría luego a la AFP; que ella sabía en ese momento que los requisitos para pensionarse en el ISS eran trabajar de 20 a 25 años, y cumplir una determinada edad.

Las demás preguntas que realizaron los apoderados de Colpensiones, Porvenir, Skandia, y el Juez datan de fechas distintas al momento del traslado que recordemos fue en diciembre de 1999, por ejemplo, ella informó que se enteró que podía hacer aportes voluntarios con la asesoría recibida por Skandia en el año 2008, y que pretendió solicitar la pensión anticipada ante Porvenir en el año 2014, pero le dijeron que no cumplía con el ahorro requerido.

De lo anterior, no observa esta Colegiatura una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, pues realmente se observa que para el momento del cambio de régimen pensional Colmena le indicó de forma general que podría acceder a una pensión anticipada de vejez sin explicarle cuales eran los requisitos para ello, que sus aportes generarían rendimientos financieros y que en caso de fallecer sus aportes serían heredables.

Por ende, no hay lugar a establecer que se hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era deber u obligación de Colmena dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que en este puntual caso no se probaron.

De otro lado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que por no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y ello demuestre su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negrillas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Entonces, al no haber constancia de que la AFP Colmena hoy Protección, al momento del traslado de régimen pensional hubiese suministrado a la afiliada información clara, precisa y oportuna sobre las características, condiciones, consecuencias y riesgos del cambio de régimen, a pesar de ser esa su carga, trae como consecuencia que el mismo sea declarado como **ineficaz**.

En esta perspectiva, la declaratoria de ineficacia hace que las cosas vuelvan al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación; o dicho, en otros términos, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y gastos financieros, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019,

CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795.2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras), por lo que se dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones.

Bajo el anterior contexto, se hace necesario **REVOCAR** la decisión de primera instancia para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en el sentido de declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante **ASTRID ESPERANZA SOMBREDERO PEÑUELA** el 12 de julio de 1999, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que el acto jurídico del traslado no produjo efectos, pues ante la violación del deber de información dicho acto no puede proyectarse en el mundo de las relaciones jurídicas, razón por la cual se impone el regreso automático del demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

En consecuencia, se condenará a las AFPs Protección, Skandia y Porvenir a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad por la afiliación de la demandante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el

artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL1055-2022).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

Así las cosas y sin más consideraciones, se revocará la sentencia de primer grado en la forma antes anotada.

COSTAS

Las de ambas instancias a cargo de las demandadas AFP Protección, APF Skandia y AFP Porvenir S.A., como quiera que el recurso de apelación salió avante y en virtud del numeral 4 del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de enero de 2022, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora **ASTRID ESPERANZA SOMBREDERO PEÑUELA** al régimen de ahorro individual el 12 de julio de 1994 el cual se hizo efectivo a partir del 1° de septiembre de igual año, por intermedio de **COLMENA** hoy **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, en consecuencia, declarar válida

la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por **COLPENSIONES**.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de septiembre de 1999 y el 31 de agosto de 2006. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONDENAR a **SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1° de mayo de 2008 y el 30 de noviembre de 2008. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

CUARTO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de septiembre de 2006 hasta el 30 de abril de 2008 y desde el 1° de diciembre de 2008 en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados

con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

SÉPTIMO: COSTAS en ambas instancias a cargo de la **AFP PROTECCION S.A., AFP SKANDIA S.A. y AFP PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de **AFP PROTECCION S.A., AFP SKANDIA S.A. y AFP PORVENIR S.A.**, la suma de \$1.160.000, para cada una.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202100029-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JERÓNIMO NELFARITH SIERRA OTERO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **JERÓNIMO NELFARITH SIERRA OTERO** se **declare** nulo o ineficaz del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, por violación al consentimiento informado.; y como pretensiones subsidiarias de primer nivel que se **declare** inaplicable el literal b) y e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, conforme el artículo 4º de la Constitución Nacional de Colombia, y en consecuencia se ordene a la AFP Porvenir conceder un término para ejercer el derecho de retracto.

En consecuencia de lo anterior, ya sea por las peticiones principales o subsidiarias de primer nivel, se **condene** a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones el 100% de las comisiones facturadas y descontadas del fondo obligatorio de pensiones durante la vigencia del vínculo contractual, y el total de los recursos administrados (representados en unidades) en el Fondo Obligatorio mediante la transferencia de

valores o recursos depositados en cuentas bancarias y sin descontar comisiones por administración y traslados entre fondos de pensión; se **ordene** a Colpensiones actualizar su historia laboral y reconocerle y pagarle una pensión de vejez, junto con las mesadas causadas desde que adquirió su derecho; se **condene** ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Planteó como pretensiones subsidiarias de segundo nivel, se **declare** que la AFP Porvenir: *i)* violó el debido proceso, en tanto que mediante afiliación se le aceptó el traslado o retorno al RPM y con posterioridad se le revocó tal decisión forzándolo a permanecer en el RAIS, y *ii)* que es contractualmente responsable (en posición propia) y en los términos del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el Código Civil, el Código de Comercio, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y el Estatuto General y especial de protección al consumidor financiero en pensiones. En consecuencia, se **condene** a esa AFP (en posición propia) a pagar en su favor los daños y perjuicios futuros que se llegaren a causar a partir de los 62 años y hasta su fallecimiento (cálculo actuarial), por el menor valor de la pensión de vejez que recibirá bajo las modalidades de pensión ofrecidas en el reglamento del fondo obligatorio aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia en comparación con la que le hubiese otorgado el RPM; al pago de los intereses de mora, en el evento de impago de la indemnización por daños y perjuicios que se establezca en la sentencia, liquidados sobre el capital que mensualmente se llegue a causar en virtud de la diferencia mensual y vitalicia que se presente entre la pensión de vejez que le conceda el RAIS y la que le hubiese pagado Colpensiones; y al pago de las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 02, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 3 de mayo de 1957; que se afilió al ISS desde el 1º de mayo de 1982; que por desconocimiento jurídico y financiero en 1997, se trasladó al RAIS mediante la AFP Porvenir S.A., pero que al momento de suscribir el formulario no tuvo información clara, precisa y suficiente, que le ocultaron las ventajas y desventajas de los dos regímenes pensionales, que no le entregaron el reglamento de la AFP, que no le realizaron estimaciones financieras, actuariales (capital mínimo requerido para pensión), ni le hicieron estudios jurídicos que soportaran las afirmaciones que rodearon las promesas comerciales previas a la vinculación al fondo; y que el asesor comercial que le realizó el traslado no contaba con la capacitación, ni formación académica para explicarle los beneficios y las desventajas de adherirse al RAIS.

Indicó que, en el año 2009, en virtud de la Sentencia CC C-1024 de 2004 y mediante el formulario número 083265, debidamente diligenciado, solicitó al ISS el traslado o cambio de régimen pensional, retornando al RPM, el cual fue aceptado y su empleador continuó cotizando a este por más de 10 años; que acumuló 1.713 semanas en el sistema general de pensiones; que el 10 de noviembre de 2015, solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de la pensión de vejez por actividad de alto riesgo, la cual le fue negada mediante la Resolución 2015-10824656, bajo el argumento de no haberse acreditado en forma suficiente las actividades ejecutadas, en las condiciones requeridas por el Decreto 2090 de 2003 modificado por el Decreto 2655 de 2014; que entonces, espero a cumplir 62 años de edad y el 15 de mayo de 2019, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución SUB-322929 del 26 de noviembre de 2019 según Colpensiones por la *«pérdida de competencia para resolver la solicitud»*, puesto que había validado el sistema de afiliaciones y constatado que el accionante estaba supuestamente vinculado a la AFP Porvenir, no obstante haberle recibido las cotizaciones durante los últimos 10 años y haberle tramitado cinco (5) años atrás la reclamación de la pensión de vejez por alto riesgo; que contra la anterior resolución interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, pero la decisión fue confirmada.

Sostuvo que, convive con su esposa quien está desempleada, por lo que los ingresos del hogar dependen totalmente del reconocimiento pensional que se le haga, toda vez que su contrato de trabajo fue finalizado en el año 2015; que Colpensiones incurrió en graves errores operativos y jurídicos con relación a su proceso de afiliación, ya que para revocar el acto administrativo de afiliación-retorno al RPM requería de la autorización del afiliado, en tanto que se trataba de un acto particular y concreto, lo cual omitió cumplir, vulnerando con ello su derecho fundamental al debido proceso; y que Colpensiones debió iniciar la anulación de su afiliación utilizando para ello la acción de lesividad con la que cuenta la administración pública.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 09, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; que Colpensiones en el año 2009, si recibió un formulario de afiliación del actor, pero no lo autorizó porque estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión; que negó la pensión de vejez solicitada por el demandante porque estaba afiliado al RAIS; frente a los demás, dijo que no le constaban por corresponder a un tercero. Propuso como excepciones de fondo, las de

errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, e innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 05 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a la totalidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor; frente a los demás, refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, el formulario de afiliación se suscribió el 10 de febrero de 1997, con efectividad a partir del 1º de abril de la misma anualidad; que a él se le suministró información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz respecto de las características del RAIS, y que fue el actor quien finalmente eligió vincularse a esa AFP, que le explicó que dentro de los beneficios más importantes del RAIS, se destacaban: que en caso de muerte del afiliado sin el cumplimiento del capital para pensionarse, sus herederos podían disponer de ese capital; en caso de no completar el capital necesario para la pensión, pero si tuviese 1150 semanas de cotización, podía acceder a la garantía de la pensión mínima; que si el monto de su pensión llegaba a ser superior al 70% de su Ingreso Base de Liquidación, podía disponer de sus excedentes de libre disposición

Explicaron que, en todo caso, solo había sido hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015; que las administradoras de fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información tanto para sus afiliados como para el público en general; que de hecho la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen, había nacido sólo a partir del inciso cuarto del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, que modificó a su vez el artículo 2.6.10.2.3 del Decreto 2555 de 2010.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 09 de marzo de 2022 (archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor JERÓNIMO NELFARITH SIERRA OTERO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de abril de 1997 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y gastos por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante todo el tiempo que se ha encontrado afiliado el demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez reactivada la afiliación del actor consolide la historia laboral, específicamente en lo relacionado con el IBC y RECONOZCA y PAGUE la pensión de vejez al demandante bajo los postulados de la ley 100 de 1993, a partir del 4 de mayo de 2019, y por trece mesadas pensionales, junto con los reajustes de ley, las mesadas que deberán ser reconocidas con la debida indexación.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES a pagar el retroactivo a que dé lugar al momento del reconocimiento de la pensión, teniendo en cuenta los parámetros de numeral anterior y debidamente indexado.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEPTIMO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PORVENIR S.A.

OCTAVO: CONDENAR a PORVENIR S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo, que la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en

el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen, que para este caso era antes del 3 de mayo de 2009, cuando el actor cumplió 52 años de edad.

Expuso, que la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió, que en este caso Porvenir no aportó ningún medio probatorio que le diera al despacho un grado de certeza respecto de que para 1997 momento en que fue abordado el actor se le hubiese brindado esa información suficiente y transparente, en los términos exigidos por la jurisprudencia, que por el contrario, este caso tenía unas particularidades, pues Porvenir no sabía que el señor Sierra era su afiliado, ya que más o menos se enteró en el año 2015, que fue tal el desorden en esta vinculación que la AFP no hizo las gestiones para recibir las cotizaciones del demandante.

Indicó que, pese a que el señor Sierra hubiese firmado un formulario de afiliación que cumplía con lo requerido por la Superfinanciera, el cual se presume auténtico, no obstante, de este no se podía tener por demostrado el deber de información, porque allí solo estaba consignada información básica, y nada se explicaba de las características de los dos regímenes pensionales, ni de un análisis concreto de caso del afiliado. Y que del interrogatorio de parte rendido por el actor, no se evidenciaba una confesión, porque él ni siquiera había recibido una asesoría, porque había sido la esposa de su jefe quien le había llevado el formulario de Porvenir y le dijo que eso era lo mejor, y que él se vio en la obligación de firmar.

Señaló que, en este caso si era necesario explicarle al demandante las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de forma comparada de los dos regímenes pensionales, porque el señor Sierra para el año 1997, tenía 777,82 semanas acumuladas en el ISS, y para ese momento la densidad de semanas requeridas para pensión en el RPM era 1.000, es decir, que tenía cumplido más del 70% de ese

requisito, lo que exigía una mayor prudencia por parte de Porvenir en el análisis de si le convenía o no pasarse al RAIS.

Afirmó que, Porvenir ni siquiera sabía que el actor era su afiliado pues se evidenciaba que las cotizaciones realizadas con posterioridad a abril de 1997, a esa AFP eran devueltas al RPM, y en la historia laboral de Colpensiones quedó registrado «*pago recibido del RAI*», y esto fue así hasta 2010, cuando Colpensiones remitió a Porvenir \$132.820.000; no obstante, el empleador continuó haciendo los aportes a Colpensiones, entidad que en agosto de 2020, los remitió nuevamente a Porvenir; entonces ninguna de las dos entidades sabía que el demandante estaba en Porvenir, pues Colpensiones en el año 2015 resolvió una petición de pensión de alto riesgo, la cual estudió y la negó sin decirle nada, teniéndolo como un afiliado propio de Colpensiones y luego cuando este cumplió los 62 años de edad, y pidió el reconocimiento de la pensión de vejez nuevamente le estudian su caso y la negó, siendo solo con la resolución del recurso de reposición que se dan cuenta que este estaba afiliado a Porvenir.

En ese orden, concluyó que declararía la ineficacia del traslado y ordenaría a Porvenir que remitiera a Colpensiones todos los aportes del actor, junto con los gastos de administración debitados del capital, al igual que lo correspondiente al seguro previsional de invalidez y muerte, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos de debían ser indexados.

Respecto de la pensión de vejez, indicó que conforme el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para la pensión eran 1.300 semanas y 62 años de edad para los hombres.

Argumentó que, estos estaban plenamente probados, porque en la historia laboral de Colpensiones donde aparecían todos los aportes realizados a favor del actor, este tenía novedad de retiro para el 15 de octubre de 2015, data para la cual había acumulado 1.466,57, y la edad la había cumplido el 3 de mayo de 2019; no obstante, no liquidaría la prestación porque la historia laboral en su IBC no estaba consolidada, y para liquidarla esa información era clave, por lo que ordenaría a Colpensiones que una vez reciba todos los dineros proveniente del RAIS consolide la historia laboral y liquide la prestación del actor ya sea con los últimos 10 años o con toda su vida laboral, según le resulte más favorable y teniendo como fecha de causación del derecho el 3 de mayo de 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación en que la afiliación realizada por el actor a esa AFP en el año 1997, se ajustó a derecho y por ende es válida y eficaz.

Explicó que para 1997, nos encontrábamos en una primera fase del deber de información, que ha tenido un desarrollo legal pero más jurisprudencial que ha incrementado las obligaciones a cargo de las AFP, sin embargo, considera que al momento de la afiliación se respetó el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, porque en esa data lo más importante era impedir la coacción y por ello bastaba con que en la asesoría se hablara de algunas características del RAIS.

Consideró que, no era razonado que le exigieran una prueba distinta al formulario de afiliación, porque para esa época ese era el documento que se requería para hacer efectivo el cambio de fondo de pensiones.

Indicó que, después de 20 años no se podía pretender que se declarara una ineficacia del traslado, porque además este ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS con sus aportes por ese espacio de tiempo.

Argumentó que, en virtud de las restituciones mutuas no podía condenársele a devolver los gastos de administración, porque si la consecuencia de la ineficacia era que el traslado fuese inexistente, entonces los rendimientos también lo son, y por ello no habría lugar a retornar este concepto, no obstante, se ordena devolver los rendimientos, luego la AFP tenía derecho a conservar los gastos de administración por todas las gestiones realizadas con el capital.

COLPENSIONES impetró recurso de apelación argumentando que si el fondo privado había faltado a su deber de información y como consecuencia de ello el traslado era ineficaz, debía ser ese fondo quien asumiera el resultado negativo de su actuar, asumiendo directamente el reconocimiento pensional del actor con base en las normas del RPM.

Indicó que, en este caso se presentó un silencio del consumidor financiero en el tiempo, toda vez que se había demostrado que el actor no tuvo una adecuada atención al negocio jurídico realizado con el fondo privado, por ende, fue negligente con sus obligaciones. Además, que en 1997, no era exigible a las AFP documento distinto al

formulario de afiliación para que el traslado fuese válido y se tuviese por acreditado el deber de información.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **JERÓNIMO NELFARITH SIERRA OTERO** nació el 3 de mayo de 1957, por ende, a la fecha cuenta con 65 años de edad; *ii)* que trabajó para Cerro Matoso S.A. entre el 1° de mayo de 1982, y el 15 de octubre de 2015; y *iii)* que inicialmente se afilió al ISS donde aportó desde el 1° de mayo de 1982, y posteriormente firmó formulario de traslado al RAIS con la AFP Porvenir el 10 de febrero de 1997.

Preliminarmente, debe indicarse que, de las pruebas obrantes en el expediente se observa que, si bien el actor firmó un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo según certificado expedido por esa misma AFP a partir del 1° de abril de 1997, dicha entidad pese a recibir las cotizaciones las devolvía al ISS, y ello fue así de manera pacífica hasta el periodo 2010-06, pues en la historia laboral de Colpensiones aparece desde el periodo 1997-03 hasta el ya referido, de forma reiterada e ininterrumpida la observación «*Pago recibido del Régimen de Ahorro Individual por traslado*».

Ahora, desde el periodo 2010-07 hasta el 15 de octubre de 2015, cuando se registró la novedad de retiro a Colpensiones, se evidencia que los aportes del señor Sierra iban de una entidad a otra sin que ninguna de las dos -Colpensiones o Porvenir- tuviesen claridad de quien debía administrar esos recursos, quedando finalmente en la administradora del RPM. Se trae el siguiente pantallazo tomado de la historia laboral emitida por Colpensiones el 22 de septiembre de 2021, con el fin de que se observe la situación del demandante, por ejemplo, entre octubre de 2010 y marzo de 2011, aclarando que este escenario continuó hasta la última cotización realizada al Sistema General de Pensiones.



COLPENSIONES Nit 900.336.004-7
REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES
PERIODO DE INFORME: Enero 1967 septiembre/2021
ACTUALIZADO A: 22 septiembre 2021

C 10875562 JERONIMO NELFARITH SIERRA OTERO												
[34] Identificación Aportante	[35] Nombre o Razón Social	[36] RA	[37] Período	[38] Fecha De Pago	[39] Referencia de Pago	[40] IBC Reportado	[41] Cotización Pagada	[42] Cotización Mora Sin Intereses	[43] Nov.	[44] Dias Rep.	[45] Dias Cot.	[46] Observación
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201010	10/11/2010	93107032264401	\$ 4.295.000	\$ 687.200	\$ 0		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201011	09/07/2020	942006304YX0CR	\$ 7.396.000	\$ 0	\$ 0		0	0	*** Aporte Devuelto ***
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201011	10/12/2010	93107034154660	\$ 7.396.000	\$ 1.183.400	\$ 1.183.400		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201011	10/12/2010	93107036012686	\$ 7.396.000	\$ 1.183.400	\$ 0		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201012	09/07/2020	942006004YX0CS	\$ 5.011.000	\$ 0	\$ 0		0	0	*** Aporte Devuelto ***
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201012	12/01/2011	91127039808IEE	\$ 5.011.000	\$ 801.800	\$ 40		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201101	09/07/2020	942006804YX0CT	\$ 4.039.000	\$ 0	\$ 0		0	0	*** Aporte Devuelto ***
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201101	08/02/2011	9112703680BH9D	\$ 4.039.000	\$ 646.200	-\$ 40		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201102	09/07/2020	942006504YX0CU	\$ 3.114.000	\$ 0	\$ 0		0	0	*** Aporte Devuelto ***
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201102	08/03/2011	9311703C093814	\$ 4.359.000	\$ 697.400	\$ 697.400		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201102	08/03/2011	93117032055998	\$ 4.359.000	\$ 697.400	\$ 697.400		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201102	08/03/2011	93117037015787	\$ 4.359.000	\$ 697.400	\$ 697.400		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201102	13/03/2012	9112703379YEOH	\$ 3.114.000	\$ 498.300	\$ 60		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201103	09/07/2020	942006204YX0CV	\$ 7.656.000	\$ 0	\$ 0		0	0	*** Aporte Devuelto ***
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201103	11/04/2011	93117030112490	\$ 7.656.000	\$ 1.225.000	\$ 1.225.000		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo
860069378	CERRO MATOSO S A	SI	201103	11/04/2011	9311703C034470	\$ 7.656.000	\$ 1.225.000	\$ 0		30	0	Valor devuelto del Régimen de Ahorro Individual por pago al fondo

De lo hasta aquí referido, es evidente que la AFP Porvenir desde la firma del formulario en 1997, hasta el año 2015 siempre devolvió los aportes al ISS hoy Colpensiones.

Ahora bien, del lado de la administradora del RPM se evidencia que esta era quien finalmente se quedaba con las cotizaciones del señor Sierra; además, que el 28 de mayo de 2009, recibió (f.º 64 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. Digital) formulario de vinculación del demandante y el 4 de septiembre de 2015, emitió certificado donde hacía constar:

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

CERTIFICA QUE:

El Señor(a) JERONIMO NELFARITH SIERRA OTERO identificado(a) con Cédula de Ciudadanía 10875562, se encuentra afiliado(a) al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, Administrado por COLPENSIONES desde el día 01/05/1982 y su estado es Activo Cotizante

Histórico Al Negocio Pensión				
Novedad	Código Entidad	Entidad Definitiva	Fecha	Multivinculación Decreto 3995/2008
Traslado Aprobado del Iss a un Fondo de Pensión	3	PORVENIR	01/04/1997	65 / 258
Activación por Sentencia 1024	23	COLPENSIONES - Antes ISS	01/07/2009	

La presente certificación se expide en ATLANTICO, el 04/09/2015

GERENCIA NACIONAL DE SERVICIO AL CIUDADANO

Además, que Colpensiones le envió a Porvenir el 18 de agosto de 2010 la suma de \$132.837.220, y posteriormente el 09 de julio de 2020, el equivalente a \$61.047.647, por concepto de aportes del señor Jerónimo Sierra.

Igualmente, se observa que Colpensiones mediante Resolución GNR 138518 del 11 de mayo de 2016, se estudió una petición de pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo realizada el 10 de noviembre de 2015 por el actor, y allí se negó el derecho por considerar que no se habían acreditado dichas actividades y, por ende, debía seguir cotizando hasta alcanzar 62 años de edad y 1.300 semanas.

Así mismo, el señor Sierra el 15 de mayo de 2019, solicitó a Colpensiones el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero esa entidad mediante Resolución SUB 322929 del 26 de noviembre de 2019, declaró la pérdida de competencia para resolver sobre dicha prestación, porque el actor se había trasladado al RAIS desde el 1° de abril de 1997; decisión contra la que se interpusieron los recursos de reposición y en subsidio apelación, pero la misma fue confirmada en ambas instancias.

Por último, se observa que Porvenir pese a que siempre devolvió los aportes del demandante al RPM, desde marzo de 1997, y hasta la fecha de expedición del documento denominado «*relación histórica de movimientos*» que lo fue el 2 de junio de 2021, ha descontado comisión, FSP, FGPM, y la comisión cesante.

De todo lo anterior, se puede concluir que si bien entre las dos entidades demandadas existió una confusión respecto de cuál de las dos debía administrar las cotizaciones del señor Sierra, lo cierto es que estos debieron estar en poder de la AFP Porvenir, pues según el certificado SIAFP expedido por Asofondos, el actor únicamente realizó un traslado entre regímenes, el cual se dio mediante Formulario firmado el **10 de febrero de 1997**, con efectividad a partir del 1° de abril de igual año.



Asociación Colombiana de Administradores
de Fondos de Pensiones y Cesantías

USUARIO: PVGSUAREZM01

GINNA PAOLA SUAREZ MEJIA

10 de Junio de 2021

Registrar servicio

Buscar e

A través de la opción eventos especiales que se encuentra en la consulta de Vista Integral e Historial de Novedades, pueden visualizar las modificaciones que los z

Afiliados

Personas

Aportantes

Pagos

Entrega HL al RPM

Documentación

Usuarios

Administrad

Historial de vinculaciones

Hora de la consulta : 8:46:24 AM

Afiliado: CC 10875562 JERONIMO NELFARITH SIERRA OTERO

Ver detalle

Afiliado presenta vinculaciones eliminadas

Vinculaciones para : CC 10875562

Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado regimen	1997-02-10	2004/04/16	PORVENIR COLPENSIONES			1997-04-01	

Un item encontrado.

Vinculaciones migradas de Mareigua para: CC 10875562

Fecha de novedad	Fecha de proceso	Código de novedad	Descripción	AFP	AFP involucrada
1997-02-10	1997-03-13	01	AFILIACION	PORVENIR	

Un item encontrado.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la

carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –10 de febrero de 1997-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente,

pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el **10 de febrero de 1997**, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido**

en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adocctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario modificar y adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la AFP Porvenir, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de marzo de 1997, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisión cesante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL1055-2022).

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el demandante se reconozca su pensión de vejez, para lo que es necesario revisar lo señalado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, el cual establece:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos se tiene que el señor **JERÓNIMO NELFARITH SIERRA OTERO**, nació el 03 de mayo de 1957, concluyendo que llegó a los 62 años de edad esa misma calenda del año 2019, data última para la cual debía acreditar 1.300 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando el despacho que conforme la historia laboral expedida por Colpensiones el 22 de septiembre de 2021 (archivo 09 carpeta 1 ints. exp digital), a esa data contaba con 1.466,57 semanas, siendo su último aporte el 15 de octubre de 2015, data en que se registró novedad de retiro. Por tanto, es claro que el promotor del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, desde la fecha de su causacion, esto es, 4 de mayo de 2019, tal y como lo determinó la juez de instancia.

No obstante, teniendo en cuenta que para la liquidación de la prestación se deben tener en cuenta absolutamente todas las semanas cotizadas y el Ingreso Base de Cotización de toda la vida y/o de los últimos 10 años de aportes, se hace necesario la consolidación de la historia laboral, por cuanto se observa, entre otras cosas que Colpensiones no contabilizó dentro de las 1.466,57 semanas los aportes realizados entre agosto de 2014 y el 15 de octubre de 2015, y dado que las cotizaciones del actor pasaron de administradora en administradora, tampoco se tiene claridad sobre los IBC reportados.

En consecuencia, una vez se consolide la historia laboral, Colpensiones deberá liquidar la pensión de vejez del señor **JERÓNIMO NELFARITH SIERRA OTERO** en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida laboral o de los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, además deberá tener en cuenta que el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

Así, se confirmará la decisión de primera instancia en este asunto también.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

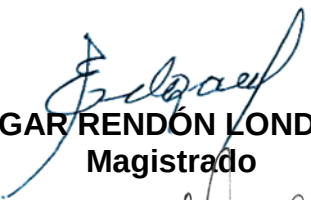
RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR Y ADICIONAR NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad desde el 1° de marzo de 1997, y en adelante, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y comisión cesante debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, los bonos pensionales si los hubiere y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

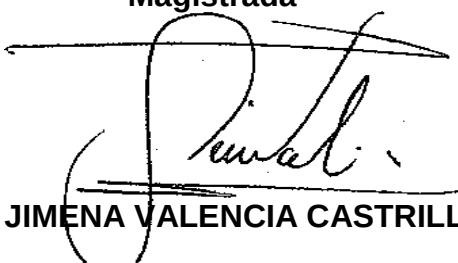
SEGUNDO: Se confirma en lo demás

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de **AFP PORVENIR S.A.**, la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105039202100416-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PATRICIA EUGENIA BERRUECOS CASTILLO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR - SKANDIA S.A. ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los Veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **PATRICIA EUGENIA BERRUECOS CASTILLO** se **declare** la ineficacia, o la nulidad, o inexistente el acto jurídico del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a través de la AFP Porvenir, y las posteriores vinculaciones a Protección y Skandia, por omisión al deber de información. En consecuencia, se **condene** a esas AFPs a trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos y gastos de administración generados durante la vinculación a cada uno de esos fondos; que se **ordene** a Colpensiones activar su afiliación en el RPM, recibir sus aportes, y corregir y actualizar su historia laboral; que se **condene** a las AFPs demandadas al pago 200 SMMLV por perjuicios morales causados, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 9 de julio de 1965; que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS desde 1984; que cuando empezó a funcionar el RAIS los fondos privados de pensiones ejercieron una publicidad muy agresiva, por diferentes medios de comunicación personal y mediante visitas personales, por lo que el 12 de enero de 1996, sin recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de afiliación con la AFP Porvenir; que el 16 de marzo de 1998, por los mismos móviles equivocados y sin recibir la suficiente información se vinculó a Pensionar hoy Skandia; que el 26 de noviembre de 2003, bajo la misma falta de información, suscribió formulario de afiliación con Pensiones y Cesantías Santander hoy día Protección; que el 25 de agosto de 2006 bajo los mismos móviles erróneos y la omisión de información retorno a Skandia.

Indicó que, se afilió a esas AFP porque en la desinformación de estos, se consideró que el RAIS le era mucho más beneficioso que el RPM; que los asesores de esos fondos, encargados de su afiliación y traslado: i) no contaban con título ni formación profesional, o con capacitación adecuada alguna, que los acreditara o les permitiera informar o suministrar información completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse; ii) en ningún momento le explicaron las características del RPM; iii) no le brindaron un comparativo entre el RPM y el RAIS; iv) no le advirtieron los riesgos que existían por trasladarse a este régimen; v) no le explicaron que su pensión podría ser inferior a la del RPM; vi) no le manifestaron que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o, que el capital no permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPM; vii) no le comunicaron que el valor de la pensión dependía de la modalidad que se escogiera, ni siquiera le explicaron las distintas modalidades de la pensión del RAIS; viii) no le hablaron del bono pensional, ni de la negociación del mismo; ix) no le indicaron cómo funcionaba financieramente el RAIS; x) no la ilustraron acerca de cómo se calcula o qué factores se tenían en cuenta para liquidar la mesada pensional en el RPM y en el RAIS; xi) no le entregaron el plan de pensión, ni el reglamento de funcionamiento tal y como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994; y xii) no le informaron el derecho a retractarse como lo estipulaba el Decreto 1161 de 1994.

Sostuvo que, de haber omitido el deber de información, los asesores de los fondos privados demandados, le afirmaron que al trasladarse al RAIS: i) la condición pensional sería mucho más ventajosa; ii) el Régimen de Prima Media desaparecería; iii) le convenía trasladarse porque la pensión sería mejor o con un monto mejor, en

comparación con el RPM; iv) no había problema, pues en ningún caso la situación sería desventajosa frente a la del RPM; y v) que solo tenía que firmar un documento, para hacer efectivo el traslado.

Refirió que, Skandia le realizó una proyección pensional donde le informaron que a sus 57 años de edad tendría una mesada pensional de \$1.153.000, mientras que en Colpensiones sería de \$2.043.572; que presentó solicitud para que se aceptara la ineficacia, nulidad o inexistencia de la afiliación al RAIS ante Protección, Porvenir, Skandia y Colpensiones, pero que esas entidades le dieron respuesta negativa a su petición.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que esta estuvo afiliada al ISS; que agotó la reclamación administrativa. Propuso como excepciones de fondo, las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación de la voluntad de permanencia en el RAIS por existir actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada.

La **AFP PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 03 carpeta 1ª inst, exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, refirió a unos que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que, la vinculación de la demandante en el año 1996, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se apreciaba en el formulario de afiliación -documento público que se presume auténtico- en el que se observaba la declaración escrita exigida en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

Informó que, por tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el régimen de ahorro individual con

solidaridad se encontraban definidas y establecidas en su totalidad por la ley, sin que fuera posible pactar condiciones diferentes.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

La **AFP PROTECCION S.A.**, contestó (archivo 007, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, su vinculación al ISS y que esta petición la nulidad del traslado de régimen pensional, el cual fue negado; frente a los demás, indicó a unos que no le constaban por corresponder a un tercero, o que no eran ciertos. Aclaró, que le brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, sin omitir información e indicando claramente todas las características, regulaciones del RAIS y su funcionamiento, así mismo los rasgos diferenciadores respecto al RPM señalando con total claridad que la forma de construir la pensión en uno y otro son distintas y excluyentes; y que entre las características explicadas estaba: i) cuenta de ahorro individual vs fondo común; ii) capital acumulado vs requisitos de edad y semanas de cotización; iii) garantía de pensión mínima en RAIS; y iv) devolución de saldos vs indemnización sustitutiva.

Formuló como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a Skandia y la innominada.

La **AFP SKANDIA S.A.** contestó (archivo 007, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la actora, que estuvo afiliada al ISS, y que radicó una petición, pero la misma tuvo respuesta negativa; frente a los demás, manifestó que no le constaban por corresponder a un tercero o que no eran ciertos. Aclaró que en el formulario de afiliación había quedado claro que la demandante si tenía conocimiento del reglamento del fondo y del plan que había seleccionado, de tal manera que no se podía restar valor a esa firma.

Expuso que, para la fecha en la que la actora se afilió a SKANDIA, las AFP no se encontraban sujetas al deber de información y buen consejo, tan solo existía el deber de información y transparencia, el cual se agotaba con la asesoría verbal que se brindaba al afiliado, que finalizaba con la firma del formulario de afiliación. Insistió en que Skandia no había sido la AFP que había realizado el traslado de régimen, por lo tanto, no estaba en su cabeza la obligación de entregar la información inicial en el momento exacto del traslado de régimen pensional.

Formuló como excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de los perjuicios reclamados y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 09 de marzo de 2022 (archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la señora PATRICIA EUGENIA BERRUECOS CASTILLO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de febrero de 1996 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se deberá entender frente a las demás afiliaciones que se realizaron al interior del régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de la demandante junto con los valores por rendimientos y los gastos de administración (estos debidamente indexados), que recibió durante el periodo de afiliación del demandante, es decir desde el 01 de mayo de 1998 hasta el 31 de diciembre de 2003, y desde el 01 de octubre de 2006 y hasta que se haga efectiva esta sentencia, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de la demandante junto con los valores por rendimientos y los gastos de administración (estos debidamente indexados), que recibió durante el periodo de afiliación del demandante, es decir desde el 01 de febrero de 1996 hasta el 30 de abril de 1998, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de la demandante junto con los valores por rendimientos y los gastos de administración (estos debidamente indexados), que recibió durante el periodo de afiliación del demandante, es decir desde el 01 de enero de 2004 hasta el 30 de septiembre de 2006, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por

seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales dos, tres y cuatro, y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

SEPTIMO: INFORMAR a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

OCTAVO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, se debe pagar en partes iguales.

(...)

Fundamentó su decisión, en que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, establecía que la selección de uno cualquiera de los regímenes pensionales era libre y voluntaria por parte del afiliado, so pena de incurrir en las sanciones del artículo 271 de la misma ley, la cual puntualmente era dejar sin efecto la respectiva afiliación.

Sostuvo, que la decisión libre y voluntaria, no se trataba simplemente de plasmar la firma en un formulario de afiliación, sino que iba más allá, pues antes de firmar la AFP debió entregarle la información suficiente y transparente a ese afiliado, esto es, que sea objetiva (neutra), comparada entre los dos regímenes pensionales, y comprensible en el entendido que el potencial afiliado es un lego en materia pensional. Explicó que siempre debía analizarse el caso concreto del posible afiliado, pues no bastaba con hacer una asesoría sobre aspectos generales, y además la información entregada debía ser clara, comprensible y oportuna, aclarando que la oportunidad era al momento del cambio de régimen o estando la persona vinculada a una AFP en cualquier momento previo a la prohibición legal de cambio de régimen.

Expuso, que la carga de la prueba en estos casos le correspondía a la AFP conforme el artículo 1604 del CC, por cuanto la demostración de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, a quien ofrece el servicio, pues este es el experto en la materia y de acuerdo con el artículo 167 del CGP, que estipula que las negaciones indefinidas no requieren prueba, correspondiéndole probar el hecho positivo a la parte contraria, argumento que fundó en la sentencia CSJ SL5680-2021.

Advirtió, que en este caso no había prueba que evidenciara que al momento en que abordaron a la demandante tanto Porvenir, Protección y Skandia le hubiesen brindado una información suficiente y transparente, o se le haya puesto de presente por parte de Porvenir las características de los dos regímenes pensionales, ni las implicaciones que conllevaba ese cambio, y tampoco se allegó prueba de que Protección o Skandia al momento de la respectiva afiliación la hubiesen ilustrado sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Explicó que, si bien Protección y Skandia no influyeron en el cambio de régimen pensional, estas sí tenían la obligación del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, que era preservar una afiliación eficaz, y que en ese orden al momento de la vinculación debieron explicarle detalladamente a la actora las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de pertenecer al RPM o al RAIS.

Indicó que, pese a que la demandante hubiese firmado un formulario de afiliación que cumplía con lo requerido por la Superfinanciera, el cual se presume auténtico, no obstante, de este no se podía tener por demostrado el deber de información, porque allí solo estaba consignada información básica, y nada se explicaba de las características de los dos regímenes pensionales, ni de un análisis concreto del caso de la afiliada. Y que del interrogatorio de parte se evidenciaba que la información a ella dada por los asesores de Porvenir, Protección y Skandia había sido muy somera, y parcializada, luego no se podía tener por cumplido dicho deber.

Concluyó que, declarar la ineficacia del traslado de régimen realizado en 1996 a Porvenir, y advirtió que los traslados entre fondos privados realizados por la promotora del litigio de ninguna manera subsanaban o avalaban la ineficacia del traslado inicial, para lo cual citó la sentencia CSJ SL3199-2021.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación de manera parcial, para que se condene a Colpensiones al pago de Costas en primera instancia, toda vez que conforme el artículo 365 del CGP quien resulte vencido en juicio debe ser condenado en costas.

La **AFP PORVENIR** sustentó su recurso de apelación en que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que indicaba que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren

diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Agregó que debe respetarse la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS pues suscribió 4 formularios de afiliación con diferentes fondos privados, circunstancia que demostraba de manera inequívoca su deseo de estar en ese régimen, además que los formularios por ella suscritos tenían el aval de la Superfinanciera, y que para la fecha eran los que avalaban el cambio de administradora de pensiones.

Indicó que, para 1996, no tenía la obligación de documentar la asesoría brindada a la afiliada, pues esto nació a raíz de los cambios jurisprudenciales en el año 2008.

Insistió en que, la señora Berruecos también tenía unas obligaciones que debía cumplir como consumidora financiera, entre ellas asesorarse del negocio jurídico a celebrar, máxime que se trataba de su futuro pensional. Añadió que lo único que motivaba esta acción era el valor de la mesada pensional, y no que se le hubiese vulnerado su derecho a elegir libre y voluntariamente régimen pensional.

Advirtió que, en este caso no era procedente la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, y lo destinado al fondo de garantía mínima, porque gracias a esos recursos el capital de la demandante había generado unos rendimientos financieros, además que estos no hacen parte del capital que financia la pensión de vejez; que ordenarse remitir a Colpensiones el capital con los rendimientos más los gastos de administración, genera un enriquecimiento sin causa en favor de esa entidad.

La **AFP SKANDIA** soportó su recurso de apelación en que, en este proceso se declaró la ineficacia del traslado, figura a la que no se le podía dar efectos adicionales a los que ya contemplaba la ley, pues la jurisprudencia es un criterio auxiliar de la justicia que no puede tener el carácter de ley, en ese sentido era claro que la ineficacia se encontraba regulada en el artículo 897 del C. Co., como la ausencia de efectos jurídicos del negocio celebrado, lo que implicaba que era así tanto para la AFP como para el afiliado, siendo contrario aplicar efectos diferentes a la AFP, pues en la sentencia de la a quo se acepta que existe un capital y unos rendimientos que deben ser trasladados a Colpensiones, pero no se acepta que los rendimientos fueron producto de la actividad profesional del fondo de pensiones y que en virtud de esto y de la ley se causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados.

Sostuvo que, bajo la figura de la ineficacia no se podía dar un beneficio exclusivo a favor de la demandante donde se admite que el traslado es ineficaz, pero que en detrimento de la AFP al ordenarle devolver a Colpensiones los rendimientos y las cuotas de administración. Indicó que si la actora hubiese estado en el RPM dicho rendimientos jamás se hubiesen generado y también hubiese tenido que pagar gastos de administración y las primas de los seguros previsionales.

Advirtió que, no había lugar a declarar la ineficacia del traslado, porque Skandia si le había brindado a la demandante la información necesaria, clara y oportuna al momento en que se vinculó con esta AFP y por ello firmó el formulario de afiliación, documento que no podía ser tenido como un mero requisito formal.

La **AFP PROTECCIÓN** interpuso recurso de apelación solo frente a la condena de devolver los gastos de administración debidamente indexados, argumentando que no fue el fondo que realizó el traslado primigenio y en la actualidad la señora Berruecos no se encuentra afiliada a esa AFP, porque ella de forma voluntaria solicitó el traslado a Skandia S.A., por ende, no tiene dinero alguno de ella en sus arcas.

Señaló que, con la condena de primera instancia se está constituyendo un enriquecimiento sin causa en favor de Colpensiones, por recibir unos dineros que no están destinados a financiar la pensión de vejez.

Indicó que, Protección tiene derecho a conservar lo descontado por gastos de administración como restitución mutua en su favor. Agregó que los gastos de administración estaban regulados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que autorizaba a los fondos privados a descontar un 3% para «*financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes*» y que por ello no debe trasladar esos dineros a Colpensiones.

Finalmente, sostuvo que no había razón para imponer costas en primera instancia, porque no había sido el fondo promotor del traslado del régimen y porque no tiene recursos económicos de la actora en su poder.

COLPENSIONES impetró recurso de apelación argumentando que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional traía consecuencias que afectaban el patrimonio de esa entidad; que este caso debía analizarse de forma particular, ya que en este asunto no podía pasarse por alto que la actora tenía la

obligación de ilustrarse de forma previa al cambio de régimen, pues no se encontraba disminuida para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependía su futuro pensional, ella fue negligente en ese aspecto.

Indicó que, la demandante no había hecho uso de las figuras con las que contaba para regresar al RPM, como lo eran el derecho de retracto. Citó la sentencia CC C204-2009, para hacer referencia al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, alegando que era a Colpensiones a quien le tocaba reconocer la pensión de vejez de la promotora del litigio, pese a que su ahorro había sido de forma individual y no en el régimen de reparto.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante y todas las entidades que conforman la parte demandada, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor Colpensiones en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir S.A., y posteriormente a otras AFPs, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **PATRICIA EUGENIA BERRUECOS CASTILLO** se afilió al ISS donde aportó desde el 23 de agosto de 1984, hasta el 31 de enero de 1995, un total de 397,71 (archivo 8 carpeta 1ª inst, exp. Digital); *ii)* que el **12 de enero de 1996**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el que se hizo efectivo a partir del 1º de febrero de igual año (f.º 99 archivo 3 carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que realizó los siguientes traslados entre AFPs:

- A Skandia mediante la firma de un formulario el 16 de marzo de 1998.
- A ING hoy Protección a través de la firma de un formulario el 26 de noviembre de 2003.

- A Skandia por la firma de un formulario el 25 de agosto de 2006, AFP en la que se encuentra actualmente.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta

y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o

diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –12 de enero de 1996-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 12 de enero de 1996, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en

estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Debe hacerse claridad además en que, si bien la actora refirió que su mesada pensional en el RAIS es inferior la que hubiese obtenido en el RPM, lo cierto es que, ello de ninguna manera desvirtúa o subsana la omisión de la AFP en su deber de información a la data de su traslado, pues la validez de dicho acto jurídico depende del consentimiento informado, es decir, de que la AFP hubiese atendido estrictamente o no su deber de información según el momento histórico en que debía cumplirse, supuesto en el que resulta inane si la mesada pensional presenta una presunta diferencia en su cuantía.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel, se **confirmará** la decisión de primer grado.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

Por último, frente a la apelación de la parte demandante relacionada con la no condena en costas en primera instancia, advierte que esta Corporación que le asiste razón como quiera que conforme el numeral 1° del artículo 365 del CGP la parte vencida en el proceso será condenada en costas, luego al resultar vencida en juicio Colpensiones, esta debe ser condenada en costas, máxime que presentó oposición a las pretensiones de la demanda. En conclusión, se adicionará la decisión en este aspecto.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Porvenir, Protección y Skandia, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

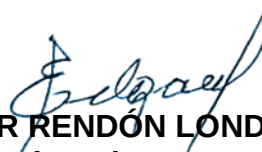
RESUELVE:

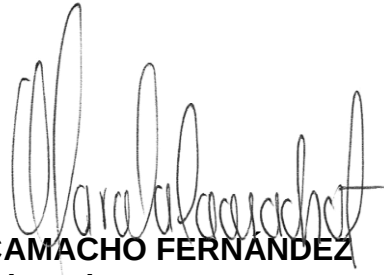
PRIMERO: ADICIONAR EL NUMERAL OCTAVO de la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de condenar en costas de primera instancia a Colpensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás sentencia consultada y apelada emitida por Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el 09 de marzo de 2022.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Porvenir, Protección y Skandia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones, Porvenir, Protección y Skandia, la suma de \$1.160.000 a cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500120200008401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ PATIÑO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Del Carmen Gómez Patiño** se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Colfondos S.A., por cuanto existió un vicio del consentimiento y la falta de información por parte del asesor comercial del fondo. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, los aportes, junto con los rendimientos financieros acreditados en la cuenta de ahorro individual, bono pensional y gastos de administración; que se **ordene** a Colpensiones a recibir y pensionarla en el régimen de prima media con prestación definida; que se **condene** a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 89 a 93 y 155 a 160 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 14 de septiembre de 1954, por lo que al 1 de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad y por ello es beneficiario del régimen de transición contemplado en el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que inició su vida laboral el 4 de julio

de 1973; con el empleador Tía Ltda., quien la afilió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte en el régimen de prima media al ISS; que ha laborado tiempos de servicio público así: (i) Alcaldía de Melgar del 5 de noviembre de 1986, hasta el 13 de diciembre de 1987, y del 29 de septiembre de 1990 hasta el 31 de mayo de 1992, realizando aportes a la Caja de Previsión Municipal (ii) Superintendencia de Notariado y Registro del 21 de febrero de 1995 hasta la fecha de presentación de la demanda; que completo un tiempo de cotización en el sector privado 10 años, 4 meses y 21 días, y en el sector público 27 años, 6 meses y 1 día; que cumplió su estatus de pensionada 14 de septiembre de 2009 y no se ha retirado del servicio público, por lo que cumple con artículo 1º de la ley 33 de 1985; que para noviembre de 1997, fue visitada por un asesor de Colfondos, quien magnificó las ventajas de trasladarse de régimen y sin que le informara que ello implicaba renunciar al régimen de transición, no se le realizó proyección de la mesada pensional, no se le brindó información real, completa, clara comprensible acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas que traía realizar el traslado, no se cumplió con el deber de información; que el formulario del traslado fue firmado el 14 de noviembre 1997; que Colfondos es la actual administradora de los fondos de pensiones; que el día 17 de junio de 2008, bajo el número 012723, diligenció formulario de vinculación o actualización al sistema general de pensiones, solicitando el traslado; que al asesorarse se percató que su mejor elección era retornar al RPM, pese a ello no le fue permitido su regreso.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 287 a 313 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 14 de septiembre de 1954; que su afiliación con el ISS se dio el 4 de julio de 1973, con el empleador Tía Ltda., y que hasta el 13 de agosto de 1986, realizó cotizaciones con empleadores del sector privado. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, solicitud de devolución de la totalidad de los recursos existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (f°. 192 a 211 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno de los planteados en el libelo genitor. Como excepciones de mérito, propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado; buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 5 de abril de 2022 (archivo 4 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ PATIÑO, identificado con la C.C. N° 41.714.986, a través del fondo administrado por la sociedad demandada COLFONDOS S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado de la demandante señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ PATIÑO, identificado con la C.C. N° 41.714.986 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS SA trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ PATIÑO, identificado con la C.C. N° 41.714.986 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, además de cualquier monto recibido con motivo de la afiliación de la convocante, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR la existencia del derecho pensional de vejez a favor de la señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ PATIÑO, identificado con la C.C. N° 41.714.986, conforme lo motivada.

QUINTO: Como consecuencia CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al RECONOCER Y PAGAR a la demandante señora MARÍA DEL CARMEN GÓMEZ PATIÑO, identificado con la C.C. N° 41.714.986 Pensión de vejez, de conformidad a lo establecido en la ley 33 de 1985 y a lo establecido en el Art 36 de la ley 100 de 1993, una vez se haya acreditado su desafiliación al sistema general de pensiones y se haya efectuado en debida forma el traslado de los aportes, suma que deberá incrementarse anualmente. Conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEXTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación

pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SÉPTIMO DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada.

OCTAVO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la vinculación de la accionante al RAIS a través del fondo privado demandante, solo estuvo provista de consentimiento de la voluntad, pero adoleció de la información suficiente, pues no se contó con el debido asesoramiento que le permitirá decir con plena libertad su traslado de régimen pensional, por lo que correspondía al fondo informar sobre las consecuencias futuras de dicha decisión, pues al cambio podría tener consecuencias nefastas a futuro, razón por la cual, esa información era de vital importancia para la correcta elección, por ello, era necesario que se conocieran todos los aspectos atinentes a su situación particular, a fin de que cumpliera su expectativa pensional y le permitiera contar con una mesada equivalente a la que obtendría en el régimen de prima media, entonces, al haber sido omitido el deber de información por parte de Colfondos, se debía ordenar la ineficacia pretendida y el traslado de la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, autorizando a su vez a Colpensiones para que obtenga por las vías judiciales el valor de los perjuicios que pueda sufrir, en el momento en que se a asumir la obligación pensional de la accionante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Frente a la solicitud de reconocimiento del derecho pensional, indicó que la señora Gómez Patiño, para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 39 años de edad, por lo que resultaba ser beneficiaria del régimen de transición, el cual hacía extensivo hasta el año 2014, dado que para el «25 de junio de 2005» (sic), contaba con 51 años de edad y con 21 años de servicio, que, como consecuencia de ello, a la demandante le resultaba aplicable lo dispuesto en la Ley 33 de 1985, como quiera que al 14 de septiembre de 2009 cumplió los 55 años de edad, fecha para la cual contaba con 27 años de servicio, a pesar de ello, al no contarse con prueba de su desafiliación, no hay a establecer cuál es la fecha de disfrute de la prestación, razón por la que no se pueda establecer el valor del retroactivo.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoquen la decisión proferida en primera instancia, indicando para ello que, no es procedente la declaratoria de la nulidad o la ineficacia del traslado efectuado por la actora, dado que el mismo se realizó con plena voluntad de la cotizante, suscribiendo para el efecto el

correspondiente formulario, voluntad que también se vio ratificada con los más de 20 años que se han realizado cotizaciones al RAIS.

Sostiene a su vez que, por razones financieras y estabilidad en el sistema pensional, el artículo primero del Decreto 3800 de 2013, limitó la posibilidad de realizar traslados cuando el afiliado le faltare 10 o menos años para alcanzar edad de pensión, salvo para los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, esto es, el 1º de abril del 1994.

Afirma que el deber de información se intensifica con la Ley 1328 de 2009, por lo tanto, no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y de legalidad

Finalmente, manifiesta que no es procedente que se realice el reconocimiento del derecho pensional a la señora Gómez Patiño por parte de Colpensiones, como quiera que es el fondo privado, quien debe realizar su reconocimiento, pues es allí en donde reposa los aportes de la accionante. Sin embargo, manifiesta que de mantenerse la decisión se disponga que se trasladen del fondo a la entidad pública todos los dineros que reposen en la cuenta individual del afiliado, junto con los frutos, bonos pensionales y demás dineros que se hubiesen generado.

No fue propuesto recurso de apelación por la parte activa ni por Colfondos S.A.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colfondos, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS y si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de jubilación en los términos de la ley 33

de 1985 y si resulta ser beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. .

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora María Del Carmen Gómez Patiño nació el día 14 de septiembre de 1954, (fº 64, archivo 4 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **ii)** que realizó cotizaciones en pensión al ISS, hoy Colpensiones desde el 4 de julio de 1973, hasta el 30 de noviembre de 1997, para un total de 674,71 semanas (fº 190 a 198 archivo 6 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el **01 de enero de 1998**, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, (f.º 7 a 12 y 85 archivo 1, carpeta 1 del exp. digital); y que **iv)** que según historia laboral consolidada expedida por Porvenir el 13 de abril de 2019, contaba con 1.773 semanas cotizadas (f.º 7 a 12 archivo 1 exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades

administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la

entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–01 de enero de 1998–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colfondos S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, advierte la sala que el fondo convocado a juicio no desplegó ninguna actividad probatoria, tendiente a demostrar que cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, al punto que, ni siquiera aportó el formulario de solicitud de afiliación suscrito con la accionante.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A.

a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Manifestó la promotora del presente juicio que, cumple con los requisitos contemplados en el artículo 1 de la ley 33 de 1985, pues cuenta con más de 55 años de edad y más de 20 años de Servicio Público.

De acuerdo con la prueba documental que reposa en el plenario, se tiene que la señora María de Carmen Gómez cuenta con tiempos públicos en la Alcaldía Municipal de Melgar entre el 05 de noviembre de 1986, al 13 de diciembre de 1987, y del 29 de septiembre de 1990, al 31 de mayo de 1992 (f° 24 a 30, 58 a 62 y 111 a 117,

archivo 4 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y con la Superintendencia de Notariado y Registro entre el 18 de abril de 1995, al 31 de marzo de 1997 (fº 7 a 20, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital), y según el dicho de la accionante, esta vinculación se ha mantenido hasta la fecha de presentación del escrito genitor.

Así las cosas, es preciso señalar que, en principio la competencia de los conflictos en materia de seguridad social, radica en cabeza de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral; sin embargo, tenemos que la aquí accionante, en calidad de empleada pública y como beneficiaria del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, dado que para el 1º de abril de 1994, contaba con 39 años de edad, peticona el reconocimiento de la pensión de jubilación con base en la Ley 33 de 1985, hecho que desborda la competencia de este órgano colegiado y de esta Jurisdicción, para dirimir específicamente el tema objeto de estudio, máxime, si se tiene en cuenta que el numeral 4 del artículo 104 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, que establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está instituida para conocer de las controversias relativas a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público.

Por lo tanto, en virtud de la ineficacia aquí declarada y con base en las consideraciones esbozadas en la presente providencia, la llamada a reconocer las prestaciones derivadas de los riesgos de invalidez, vejez y muerte es Colpensiones, entidad de derecho público.

Conforme con lo aquí expuesto, es claro que el fallador de instancia, no era el juez natural para disponer el reconocimiento de una pensión de jubilación de una empleada pública, a instancia de una entidad con la misma calidad, por lo anterior, se revocará el numeral quinto de la sentencia consultada y apelada, lo anterior, sin perjuicio que la afiliada en sede administrativa, una vez ejecutoriada la presente decisión y previa actualización de su historia laboral, peticione ante Colpensiones el reconocimiento de la prestación por vejez, conforme la normatividad que le resulte más beneficiosa.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la - **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, de la condena allí impuesta.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501920180072401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JANE BRADFORD DE GUERRA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Litisconsorte necesario por pasiva)

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Jane Bradford De Guerra** se **declare** la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), realizado a la AFP Porvenir S.A., debido a que esta, la asesoró equivocadamente al afiliarla a dicha entidad, y que la AFP ING hoy Protección S.A., omitió la obligación de asesorarla respecto a la posibilidad de trasladarse al ISS. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a la primera de ellas, a trasladar a Colpensiones, junto con los aportes, lo rendimientos y semanas cotizadas; que se **ordene** a Colpensiones a aceptar el traslado; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

En caso de no accederse a la declaratoria de nulidad del traslado, deprecia de manera subsidiaria, el pago de una mesada pensional de vejez a cargo del Porvenir S.A., en cuantía igual o superior a la que le hubiese correspondido en el RPM administrado por COLPENSIONES.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 7 a 8 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 11 de junio de 1951, y para la fecha de presentación de la demanda contaba con 67 años de edad; que inició su vida laboral con el ISS hoy Colpensiones, entidad en la que cotizó un total de 337 semanas y en toda su vida laboral ha cotizado 1.305 semanas; que Porvenir no ha cargado toda su historia laboral, en vista que allí no se ven reflejados los tiempos laborados con Surenco del 2 de enero de 1973, al 31 de diciembre de 1975 (154 semanas), con Aercol del 14 de agosto de 1971 al 31 de diciembre de 1972 (71 semanas), tiempos de servicio con los cuales completaría 1.530 semanas aproximadamente; que para el 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad; que el 1 de septiembre de 1999, se trasladó del ISS a Porvenir S.A., en razón a que el fondo brindó asesoría, la que basó esencialmente en ofrecerle una mesada más alta al momento de llegar a la pensión de vejez, sumado al hecho que se le indicó que el ISS se iba a liquidar y que como consecuencia de ello los tiempos cotizados se perderían; que el 1 de octubre de 2003, se trasladó de Porvenir a ING hoy Protección, debido a que se le ofreció una mejor mesada pensional y para el mes de septiembre de 2004, retorna a Porvenir, ello a que se le ofrecieron mayores rendimientos financieros y por ende una mesada pensional mayor.

Sostuvo que, las convocadas a juicio no la asesoraron respecto a la posibilidad de trasladarse al RPM, con ocasión de la expedición de la ley 797 de 2003, y el Decreto 3800 de 2003, tampoco le realizaron un estudio pensional, ni le señalaron las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario o cualquier otra clase de alternativa a fin de evitar detrimento a su mesada pensional; que el 15 de agosto de 2018, solicitó ante Porvenir un estudio pensional, petición que fue resuelta en comunicación del 28 de agosto de 2018, en donde se le informó que la mesada de la pensión ascendería a la suma de \$2.480.400, mientras que en Colpensiones esta equivaldría a \$7.079.300, existiendo así un diferencia pensional del 35%, generándose así un perjuicio que no había sido advertido al momento del traslado y las promesas de tener una mayor mesada pensional no fueron cumplidas, existiendo así un vicio del consentimiento, más aún cuando, su ingreso base de liquidación asciende a la suma de \$12.205.697.

Finalmente, reseña que solicitó ante Colpensiones el correspondiente traslado, el cual fue rechazado por la entidad en comunicación de fecha 4 de octubre de 2018.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 119 a 133 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 11 de junio de 1951; que para la fecha de presentación del libelo genitor contaba con 67 años de edad y para el 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación e innominada o genérica.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, contestó (f.º 229 a 271 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la accionante fue el día 11 de junio de 1951; que para el 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad, y 67 para la fecha de presentación de esta acción; que la demandante fue trasladada el 1 de octubre de 2003, de la AFP Porvenir a ING hoy Protección. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes a Porvenir e innominada o genérica.

A la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se le tuvo por no contestada la demanda conforme proveído de fecha 4 de junio de 2019 (f.º 109 a 110 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

De otro lado, el llamado a integrar el litisconsorcio necesario por pasiva, **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO** contestó (f.º 331 a 352 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Respecto de los hechos, aceptó que la actora nació el 11 de junio de 1951; que para el 1 de abril de 1994, contaba con 42 años de edad y 67 para la fecha en que fue presentada esta demanda, que la señora Brandford inició su vida laboral cotizando al ISS y que para el mes de septiembre de 2004 ella retornó a Porvenir. Como

excepciones de mérito, propuso las de falta de ejercicio de la faculta de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 11 de febrero de 2022 (f.º 385 a 387 del archivo 1 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado de la señora Jane Bradford De Guerra, identificada con C.C. No. 41.520.022, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., Pensiones y Cesantías, identificada con NIT 800.144.331-3, realizado el día 6 de julio de 2001, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante Jane Bradford De Guerra, identificada con C.C. No. 41.520.022 al régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, desde el 9 de octubre de 1987 hasta la actualidad, como si nunca se hubiera trasladado, y por lo mismo, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Porvenir S.A., Pensiones y Cesantías, identificada con NIT 800.144.331-3 a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la señora Jane Bradford De Guerra identificada con C.C. No. 41.520.022 como cotizaciones, aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses, las comisiones y sin descontar los gastos de administración con destino a Colpensiones.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones principales incoadas en su contra, incluyendo la pretensión subsidiaria.

QUINTO: Se ordena la anulación del bono pensional tipo A, emitido y redimido por la Oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la resolución No. 10774 del 1 de abril de 2013, por consiguiente a la AFP Porvenir, a REINTEGRAR los recursos al Ministerio de Hacienda debidamente indexados hasta tanto la entidad a quien le corresponda efectuar el estudio de la reclamación pensional, establezca que la señora Jane Bradford de Guerra le asiste el derecho a la pensión.

SEXTO: Sin cosas en esta instancia.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la consecuencia jurídica de la falta del deber de información es la ineficacia o exclusión de los efectos jurídicos del traslado del régimen y no el de la nulidad. Por lo tanto, señaló que conforme la normatividad y jurisprudencia de la sala laboral del Corte Suprema de Justicia, han establecido que cuando se trata de los traslados en los regímenes pensionales, son las entidades las encargadas de garantizar a sus afiliados una decisión libre y voluntaria, que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es que se les describan las características,

condiciones e implicación del cambio de regímenes pensionales, señalando las ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de ellos, ejercicio que debe ser riguroso pues de él dependen importantes intereses sociales, como es la protección de la vejez, la invalidez y la muerte. Que luego de valorar las pruebas oportunamente allegadas, no se logró acreditar por parte de Porvenir S.A., teniendo la carga de la prueba, que a la accionante se le haya brindado una información completa, veraz y oportuna, pues el único medio de convicción en que se soporta la defensa de esta AFP, fue el formulario de afiliación, el cual, si bien, se encuentra firmado por la demandante y en el cual se consigna que la afiliación se hace libre y voluntaria, esta no es suficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información y mucho menos que el traslado haya estado precedido de una debida asesoría.

Por otro lado, tampoco encontró acreditado que a la demandante, al momento de realizar los traslados horizontales de Porvenir a ING hoy protección, así como su retorno a la primera de ellas, se le haya brindado la suficiente ilustración o información respecto a la diferencia de los regímenes pensionales, encontrando así que los medios de prueba aportados por los fondos demandados resultaban insuficiente para controvertir los hechos de la demanda, concluyendo así que la promotora de la contienda, no contó con consentimiento libre y voluntario al momento de su traslado.

Como consecuencia de lo anterior, dispuso la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual y dado que el bono pensional tipo A reconocido en la Resolución 1764 de 2013, se encontraba en estado de emisión o redención, se ordenando a Porvenir a que reintegre al Ministerio de Hacienda, estos recursos debidamente indexado, hasta tanto, la entidad que le corresponda efectuar el estudio de la reclamación pensional, establezca si a la señora Bradford le asiste derecho a la pensión.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el juez de instancia y como consecuencia ello, solicita que se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, indicando que, la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen, se fundamentó en la falta al deber de información que tenía a su cargo la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que la normativa aplicable para esa época, era la Ley 100 de 1993, la que exigía una aceptación espontánea, libre y expresa de una afiliado para trasladarse de régimen, la que se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, la cual se demostró con la

suscripción del formulario por parte de la demandante. Manifestó que, para la fecha de la suscripción y firma de este, no se encontraba vigente la ley 1748 2014, ni el Decreto 2071 del 2015, con los cuales nace la obligación de las AFPs de brindar una doble asesoría a sus afiliados. Señala que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y de legalidad.

También señaló, que el juzgamiento de las conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir sentencia el principio de la relatividad jurídica, dado que Colpensiones es un tercero y los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de ese acto solo deben repercutir sobre las partes involucradas, por lo cual Colpensiones no puede verse perjudicado por el contrato que se celebró entre la demandante y la AFP, aún más cuando la accionante ha permanecido en RAIS por más de 25 años, por lo que la entidad a la cual representa resulta lesionada con la decisión adoptada, esto en cuento genera afectación del equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema.

A su vez, indica que el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005, y el artículo segundo de la Ley 797 del 2013, prohíben expresamente que los afiliados se trasladen de régimen cuando le faltará 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, postulado que evitan que se genere un desequilibrio patrimonial.

Manifestó que, en caso que sea confirmada la decisión, se mantenga la condena impuesta en contra de la AFP bajo el entendido que esta debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización que recibo por parte de la demandante, esto es, los recursos de la cuenta individual, cuotas abonadas al fondo, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros previsionales, cuotas de administración y en general todos los aportes efectuados por demandante. También solicitó que se adicione la sentencia, con la finalidad que la obligación de recibir y activar como afiliada a la demandante, actualizar su historia laboral solo se podrá hacer efectiva una vez se cumplidas la condena impuestas a la AFP, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a la misma, hasta tanto la se reintegren los recursos y se actualice la información.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora JANE BRADFORD nació el día 11 de junio de 1951 (f° 17, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) **ii)** que la actora estuvo vinculada al RPM a través del extinto ISS hoy Colpensiones (f° 142, 293, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir; **iv)** que se trasladó Porvenir a ING; **v)** que de esta última AFP retornó a Porvenir S.A. (f° 141 a 142, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **vi)** que según la historia válida para bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.° 178 a 180 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital), Porvenir el 21 de febrero de 2013, solicitó la redención del bono pensional de la parte actora, allí se lee que la fecha de redención normal era el 10 de febrero de 2012, que el tiempo total trabajado fue 346 semanas; y **vii)** que mediante resolución 10774 del 1 de abril de 2013, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público dispuso emitir y ordenar el pago del cupón principal a cargo de la Nación en los bonos pensionales de los afiliados al RAIS que allí se señalan, dentro de los cuales se encuentra la promotora de la presente acción.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin

perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que*

aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Dilucidado lo anterior, resulta necesario definir con precisión la fecha exacta en las cuales se efectuó por parte de la señora Bradford el traslado del régimen de Prima de prima media con prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, como quiera que lo declarado en la sentencia de instancia, dista de los reportes consignados en el historial de vinculaciones y formularios de afiliación aportadas por los fondos enjuiciados (f° 141 a 142, archivo 1, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); por lo tanto, tenemos que, la prueba documental referida da cuenta que la demandante realizó solicitud de traslado de régimen pensional el 18 de junio de 1999, siendo efectivo el mismo a partir del 01 de agosto de la misma anualidad, traslado que fue realizado del ISS hoy Colpensiones a la AFP Porvenir, que para el 29 de agosto de 2003, se realizó un traslado horizontal de esta AFP a ING, siendo este efectivo a partir del 1 de octubre de 2003. De igual forma, se avizora que la afiliada retorna a la AFP Porvenir el 1 de octubre de 2004, por petición elevada el 30 de agosto del mismo año.

De lo anterior, también dan cuenta los formularios de traslado de régimen pensional No. 01197877, diligenciado por la actora ante Porvenir 18 de junio de 1999, y formulario 10757308 diligenciado ante esta misma entidad en el año 2004 (f° 140 y 141, archivo 11 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Lo anterior, es más que suficiente para colegir que, contrario a lo sostenido por la Juez de instancia, la señora Jane Bradford De Guerra se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado Porvenir a partir del 1 de agosto de 1999, para el 1 de octubre de 2003 se realizó la afiliación de la demandante a otro fondo de pensiones dentro del mismo RAIS, siendo este administrado por ING y finalmente el 1 de octubre de 2004, retorna a Porvenir S.A., en donde se encuentra afiliada actualmente.

Dilucidado lo anterior, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1 de agosto de 1999** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción

que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP PORVENIR S.A. suscrito el 18 de junio de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a

ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, pese a ello, se deberá modificar la sentencia apelada en el sentido de indicar que el traslado de la accionante se realizó el 1 de agosto de 1999.

De otro lado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento–, o que por no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y ello demuestre su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Las anteriores elucubraciones son más que suficientes para desestimar los argumentos planteados por el apoderado de Colpensiones, aclarando en todo caso que no se vulneran los derechos de confianza legítima ni de legalidad, en tanto las decisiones adoptadas en ambas instancias se cimientan sobre el desarrolló jurisprudencial elaborado por el órgano de cierre de esta jurisdicción, tal como ha sido ampliamente expuesto en esta providencia y contrario a la sostenido por el recurrente, no se ha exigido del fondo generador del traslado, el cumplimiento de preceptos normativos inexistentes para la fecha en que se realizó el cambio de régimen.

BONO PENSIONAL

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado

al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el a *quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, como lo insinúa el recurrente, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

Ahora, en lo concerniente al bono pensional tipo A, advierte esta Colegiatura que si el mismo fue emitido y redimido, es porque la actora cumplía con todos los requisitos para ello y Porvenir entidad que administra sus aportes hasta la fecha realizó correctamente el trámite requerido para su reconocimiento y pago, observándose además que su redención fue dispuesta mediante la Resolución 10774 del 1 de abril de 2013.

Así, si el bono pensional se pagó por cumplir con todos los requisitos para ello, a partir de abril de 2013 es parte integral del capital que posee la actora en su cuenta de ahorro individual para financiar sus prestaciones ya sea en el RAIS o en el RPM, este es un asunto que no puede retrotraerse, ni mucho menos anularse, por lo que ante la declaratoria de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales lo correcto es trasladar todos los conceptos que integran el capital incluyendo el bono pensional a Colpensiones, esto conforme lo expuso esta Sala en el proceso 11001310503920210027201 donde se acogió íntegramente lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en SL1309-2021, donde se fijó:

[...] no obstante, no puede perderse de vista que la orden del retorno del promotor del litigio al régimen de prima media es un hecho sobreviniente que surge como consecuencia del criterio doctrinal aquí plasmado, por darse los presupuestos previstos en la sentencia CC C-789/02, como ya quedó visto.

En esa medida, al ser un hecho consumado la redención de los bonos pensionales lo que no es dable retrotraer, y ser este ahora parte del capital de la cuenta de ahorro

individual que el demandante tiene en el fondo privado, lo procedente en este caso, es que dicho monto sea trasladado a la administradora de pensiones Colpensiones, junto con los dineros correspondientes a los aportes y los rendimientos que esas sumas hayan generado, pues como ya se dijo, los bonos hacen parte de las contribuciones destinadas a financiar la prestación deprecada (art. 115 Ley 100/93).

Cabe aclarar, que si bien la fecha de redención tiene incidencia en el monto del bono pensional, y que en este caso de no haberse redimido y entregado los dineros del bono a la AFP privada desde el 15 de diciembre de 2011, hoy podría significar un mayor valor por el transcurrir del tiempo y rendimientos, y de igual forma dar lugar a una afectación para el afiliado, debe tenerse en cuenta que la redención tuvo ocurrencia como consecuencia de la solicitud de pensión de vejez que hiciera el propio demandante como lo confiesa en la demanda inicial, siendo ello lo que dio lugar a que Protección, solicitara los bonos pensionales, por cumplirse los requisitos para el efecto.

En este orden, las particularidades que surgieron con posterioridad a dicho trámite adelantado por el fondo Porvenir y que dieron lugar a que el afiliado no aceptara el valor de la mesada y reclamara luego el retorno al RPM, no pueden servir de fundamento para ordenar ahora la devolución de los bonos a quienes lo emitieron y disponer así una nueva redención de estos a unas entidades que no los administraron y tuvieron en su haber el capital que los conformaba durante todo este tiempo, lo que conllevaría que asumieran las consecuencias de actos atribuibles al propio afiliado, y de contera podría significar un detrimento patrimonial de estas o del sistema pensional, máxime cuando su actuar en aquella oportunidad estuvo ajustado a derecho, y fueron unas circunstancias externas ajenas a ellas que dieron lugar a la situación sui generis que hoy nos ocupa.

*De otra parte, no sobre advertirle a Colpensiones, que como quiera que el bono pensional del señor Luis Carlos Gaviria Echavarría **se redimió y el dinero hace parte del capital que integra la cuenta de ahorro individual del afiliado**, se trasladó en dicha cuenta el monto de la redención del dicho bono más sus rendimientos, **por lo cual debe realizar las gestiones necesarias con la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de establecer las fuentes de financiación de la respectiva pensión y si es del caso, devolverle a ésta, la O.B.P., el valor que corresponda.***

En esta medida, lo que corresponde es que Colpensiones realice las gestiones necesarias con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público Oficina de Bonos Pensionales con el objetivo de verificar las fuentes de financiación de las prestaciones económicas que se causen en favor de la señora Celis Arias, tomando en cuenta el valor del bono pensional ya redimido y si es del caso, Colpensiones **deberá devolver al Ministerio lo que concierna.**

En consecuencia, esta Sala de Decisión, en virtud de que a favor de Colpensiones se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta y que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado, dispondrá, de un lado, revocar el numeral quinto de la sentencia consultada y apelada, para en su lugar absolver a Porvenir S.A. de devolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el cupón girado por la Nación; y de otro, adicionar el numeral tercero la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones y ésta a su vez a recibir por parte de aquella, las cotizaciones recibidas en su integridad

desde el 1° de agosto de 1999, fecha de traslado de régimen, y en adelante, lo que incluye los valores relacionados con anterioridad, más el bono pensional completo, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta del demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2022, en el sentido de señalar que el traslado del régimen pensional efectuado por la señora JANE BRADFORD DE GUERRA al régimen de ahorro individual, se hizo efectivo a partir del 1 de agosto de 1999, por intermedio de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de

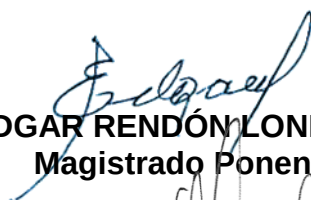
garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, el bono pensional completo, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: REVOCAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., de la condena allí impuesta.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

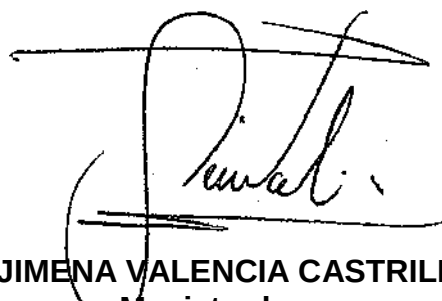
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502020190079501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA CECILIA SÁNCHEZ BERNATE
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Martha Cecilia Sánchez Bernate** se **declare** la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por la omisión del deber profesional de información. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** afiliar a Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen y a trasladar la devolución de todos los dinero que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos se hubieran causado, gastos de administración, o cualquier otro, debiendo asumir el fondo demandado con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que ese genera en aplicación del artículo 963 del

Código Civil; que se condene a la AFP, en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte de esta, al momento de dictarse sentencia, a seguir pagando la misma la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensión y sea incluido en nominada de pensiones; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 2 a 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, realizando aportes a la Caja Nacional de Previsión Social desde el 8 de febrero de 1991; que debido a la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensión, se trasladó del régimen pensión en el que se encontraba, afiliándose a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. desde el 11 de abril de 2002; que dicha AFP fue absorbida por Porvenir S.A.; que la sociedad demanda a través de su representante o promotor al momento de la afiliación y traslado solamente se limitó a llegar un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encuentra afiliado o cotizando para pensión, tampoco se le entregaron proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión en ambos regímenes, no se le entregó tabla de mortalidad de rentista, no se le informó hasta que edad debía cotizar, con que salarios y cuanto capital se exigía para alcanzar la pensión de vejez, no se le entregó al momento de la afiliación información objetivamente verificable que le permitiera tomar la decisión de trasladarse de régimen, tampoco que tenía derecho a retractarse de afiliación; que los fondos privados de pensiones publicaron información que faltaba a la verdad u ocultaron la misma.

Sostuvo que, solicitó ante Porvenir copia de los documentos que le entregó para tomar la decisión del traslado de régimen, sin que la misma haya tenido una respuesta positiva; que pidió a las enjuiciadas la ineficacia de la afiliación, pero estas dieron respuesta negativa; que de no haberse trasladado al RAIS el monto de la pensión a la fecha de cumplimiento de los requisitos sería de \$3.303.190, mientras que en el fondo es de \$910.059, es decir, una diferencia de \$2.393.131; que para el momento del traslado el valor de la pensión estimada, era también inferior; que las demandadas no han realizado la anulación del traslado, por lo que actualmente se encuentra cotizando para pensiones en Porvenir S.A.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 261 a 296 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte S.A. el 11 de abril de 2002; que esta administradora fue absorbida por Porvenir S.A.; que elevó solicitud a esta entidad para que se declarara la ineficacia del traslado, sin que la misma haya sido resuelta favorablemente y que a la fecha la accionante se encuentra afiliada con la codemandada. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 2, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que esta Horizonte S.A. fue absorbida por Porvenir S.A.; que elevó solicitud a esta entidad para que se declarara la ineficacia del traslado, petición que no fue acogida, que a la fecha la señora Sánchez se encuentra afiliada en el RAIS con esta entidad. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de mayo de 2021 (archivo 5 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora MARTHA CECILIA SÁNCHEZ BERNATE, efectuado el 1 DE OCTUBRE DE 2001 al FONDO PENSIONAL BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la administradora AFP PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARTHA CECILIA SÁNCHEZ BERNATE, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

CUARTO: CONDENAR en costas a las demandadas COLPENSIONES, Y AFP PORVENIR S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el marco normativo aplicable al caso bajo estudio, se encontraba delimitado por los artículos 60 y 61 del CPT y SS, artículo 13, literal B, al igual que los artículos 271 y 272 de la ley 100 de 1993, artículo 167 del CGP y 1.604 del Código Civil, así como las sentencias de la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia, con radicados 31989, 31314, 338003 del 2011, 46292 del 2014. SL19477-2017, 4964 y 4989 del 2018, entre otras, en donde se ha señalado que hay lugar a decretar la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando no hay libertad informada, razón por la cual le correspondía a BBVA Horizonte, hoy Porvenir, demostrar que cumplió el inexcusable deber de brindar a la demandante información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen de prima media al que se encontraba vinculada. Que luego de verificar los medios de prueba allegados, no fue posible por parte de esa sede judicial, tener conocimiento si ese asesoramiento prestado al momento de realizarse la afiliación a la AFP fue bueno, adecuado, completo, si en él se presentaron o no maniobras o argucias que hubiesen llevado a incurrir en engaño a la demandante, toda vez que ni siquiera se han señalaron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se produjo el correspondiente traslado, encontrando así que los medios de prueba allegados por el fondo demandado resulta ser insuficiente para controvertir los hechos de la demanda, situación que lo llevó a concluir que no podía predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones.

Como consecuencia de lo anterior, dispuso la ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual y al encontrar acreditado que la accionante para el momento en que se realizó el acto ineficaz se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social – CAJANAL, se debía declara como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones desde el 1 de octubre de 2001, como quiera que el artículo 4 del Decreto 2196 del año 2009, dispuso que cuando se liquide CAJANAL, sus cotizantes debían ser trasladados a la Administradora del Régimen de Prima Media del Instituto de Seguro Social.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible conforme lo disponía el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el juez de instancia y como consecuencia ello, solicita que se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, indicando que, dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, incumpliendo así la demandante con la carga de la prueba que le asiste en virtud del canon 167 del CGP.

Indicó que, lo que se debate es un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir.

Argumentó que, la decisión adoptada genera afectación sobre la descapitalización del sistema, tal y como fue advertido en las sentencias C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010. Así mismo, que la Corte Constitucional en la sentencia SU 130 de 2013, señaló que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, es

ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Martha Cecilia Sánchez Bernate estuvo vinculada al RPM a través de Cajanal entre el 8 de febrero de 1991, al 30 de julio de 1999 (f° 50 a 55, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que el **2 de octubre de 2001**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías (f° 107, archivo 1, 372 a 374, archivo 2 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii)* que a partir del 01 de enero de 2014, fue trasladada de Horizonte a Porvenir en virtud de la fusión realizada por estas dos administradoras.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual,

toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir

entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-2 de octubre de 2001-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «libre y voluntariamente» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP HORIZONTE S.A. suscrito el 11 de abril de 2002, él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz,**

como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL5655-2021, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de Cajanal, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) es oportuno destacar que el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de Cajanal y dispuso el traslado de sus afiliados al ISS, hoy Colpensiones.

Asimismo, que el artículo 156 de la Ley 1151 de 2007 creó la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, entidad a la que le delegó, entre otras funciones, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas de los afiliados a Cajanal, «causados hasta su cesación de actividades como administradora; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras».

En este asunto no se discute que para la fecha en que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual -1.º de marzo de 2003- no tenía un derecho consolidado, de modo que la UGPP no tiene incidencia en el eventual reconocimiento de sus prestaciones (CSJ SL2208-2021).

Así las cosas, el regreso al statu quo implica que la actora debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del régimen de prima media con prestación definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, que asumió esta obligación conforme se indicó (subraya fuera del texto).

Por lo anterior, no queda duda alguna que la decisión adoptada por el Juez de conocimiento, resulta acertada y es consecuente con los pronunciamientos emitidos por el órgano colegiado, razón suficiente para confirmar la decisión de instancia, en lo que a este tema objeto de estudio se refiere.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de

la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las

cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

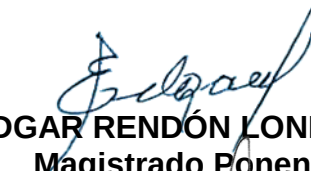
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 2 de octubre de 2001, en adelante. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

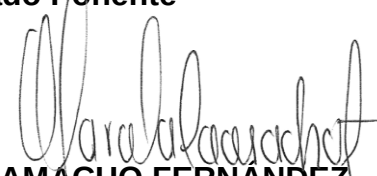
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

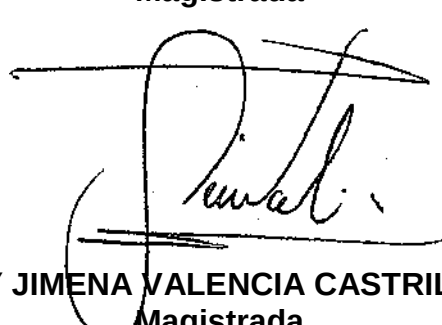
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502220210052701
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LILIANA STELLA SÁNCHEZ LÓPEZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Liliana Stella Sánchez López** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Porvenir S.A., por cuanto no existió una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los riesgos del traslado. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, todos los aportes, junto con sus rendimientos y sea remitido el detalle de traslado de aportes; que se **ordene** a Colpensiones a activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida, se acepten y reciban todos los aportes; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 4 a 5 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 31 de mayo de 1960, y para la fecha de presentación de la acción contaba con 61 años de edad; que desde el 13 de

noviembre de 1985 se encontraba afiliada al RPM y que para el mes de marzo de 2001 se trasladó a Porvenir S.A.; que al momento de su afiliación no se le brindó la información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro individual con solidaridad; que no se le informó sobre los posibles riesgos del dicho régimen, ni se le informó sobre las características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al régimen de prima media; que no tuvo un comparativo de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen, no se consideró su edad y perfil de riesgo; que el 10 de agosto de 2021, se radicó reclamación administrativa ante Colpensiones, en la que se solicitó la nulidad del traslado a la AFP y reactivación de su afiliación al régimen de prima media desde la fecha del traslado, que el día 11 del mismo mes y año se le indicó que no se daría trámite a la misma hasta tanto se allegara poder especial que faculta al apoderado para solicitar la información objeto de la petición; que el 9 de agosto de 2021, mediante derecho de petición se solicitó a PORVENIR S.A., que suministrara copia de los documentos en los que constara la afiliación y la información brindada al momento de la afiliación, así como la historia laboral con los aportes realizados y una proyección del monto de la mesada pensional.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 25 a 62 archivo 5, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 31 de mayo de 1960; que se encontraba afiliada al RPM desde el 13 de noviembre de 1985; que para la fecha de presentación del libelo genitor contaba con 61 años de edad; que fue radicada reclamación administrativa ante la entidad el 10 de agosto de 2021; que el día 11 del mismo mes y año se le indicó que no se daría trámite a la misma hasta tanto se allegara poder especial que faculta al apoderado para solicitar la información objeto de la petición. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (fº. 2 a 31 archivo 4, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno de los planteados en el libelo genitor. Como excepciones de mérito,

propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 3 de febrero de 2022 (archivo 4 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora LILIANA STELLA SÁNCHEZ LÓPEZ con C.C. No. 41.799.526, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 26 de enero de 2001. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. fondo al que se encuentra afiliada actualmente la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: DECLARAR que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de Porvenir S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo establecido en el literal b) del artículo 3 y 114 de la Ley 100 de 1993, así como el estatuto orgánico del sistema financiero vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante y con apoyo en la sentencia SL1688-2019 de la CSJ, se precisó que las administradoras de fondos de pensiones desde su fundación están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado. Indicó que tal y como ha sido expuesto en la sentencia SL34642-1019 en la que reiteró la SL1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada, es la ineficacia, por lo tanto, el acto del cambio de régimen, no se restringe a una simple manifestación de voluntad, sino que debe estar ajustada a los parámetros de la libertad informada, la

cual no se configura con el simple diligenciamiento de un formulario con una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficiente para entender las consecuencias de la decisión. Además, que la firma del formulario a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado. Que dicho deber de información, según la regla jurisprudencial descrita de acuerdo a la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conllevará a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de los beneficios pensionales, además, el análisis calificado global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo.

Indicó que, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, hay una inversión de la carga de la prueba, por lo tanto, le corresponde a la AFP demostrar suficientemente que cumplió el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado.

Sostuvo que, conforme la historia laboral y formulario de afiliación se acredita que la promotora del juicio realizó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual el 26 de enero de 2001, el cual se hizo efectivo a partir del 1 de marzo de 2001, según reporte de Asofondos; que a pesar de lo anterior, el fondo demandado incumple el deber que le impone el artículo 167 del CGP, pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia haber brindado a la demandante, al momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, entre otros aspectos.

Señaló que, si bien la demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte demostró algo de conocimiento de las características del régimen pensional de prima media y del RAIS, ello no podría enmarcarse en el concepto de información completa veraz y oportuna, pues simplemente demostró tener información global de lo que podría ser un régimen de pensiones, más aún cuando, en su declaración señala que su traslado estuvo motivado por la presunta liquidación del ISS.

Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción, pues a su juicio, la controversia pensional se encuentra asociada a un derecho fundamental, por lo tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoken las condenas que le fueron impuestas, indicando para ello que, la valoración probatoria efectuada por el juez de instancia, se aleja del espíritu de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia, en las que se asevera que los fondos privados tienen que brindarle una explicación clara sobre el régimen que más le conviene e indicar las características de uno y otro régimen, dado que con el interrogatorio de parte se logró demostrar que para la fecha del traslado, los representante de Porvenir le brindaron a la afiliada una asesoría clara, veraz, oportuna sobre las características de uno y otro régimen, en vista que la señora Sánchez confesó que el promotor de Porvenir le explicó cuáles eran las minucias del RAIS, cuáles eran las diferencias que esta tenía con el RPM; que el descontento y la falta del deber de información manifestado por la demandante radicaba en el valor que recibiría por concepto de mesada pensional y la falta de proyección pensional que le permitiera determinar cuál era el régimen que le iba a ser más beneficioso, circunstancia que no podía ser ni siquiera garantizada en el RPM, debido a que no se podía determinar una mesada pensional que se recibiría 21 años después.

La **AFP PORVENIR** también interpuso recurso de apelación con la finalidad que sea revocada la sentencia y consecuencia de ello se absuelva a este extremo procesal de todas las pretensiones de la demanda, indicando para el efecto que, para la fecha en que se realizó el traslado, la accionante cumplía con todos y cada uno de los requisitos propios para que esta entidad le garantizara el derecho a permanecer en el en el sistema pensional, aparte de ello era una persona mayor de edad, con plena capacidad para adquirir todo tipo de obligación o derecho respecto al traslado que estaba efectuando. También, señaló que para dicho momento se le brindó una información completa, veraz, para que pudiera una decisión libre, voluntaria e informada, es decir que se cumplieron con los presupuestos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, porque la parte actora al momento de absolver el interrogatorio de parte confesó que se le dio información sobre cada una de las diferencias, las consecuencias y los requisitos para pensionarse en uno u otro régimen, que tenía conocimiento del derecho de retracto y que a pesar de ello nunca lo ejerció, por lo tanto, en virtud del principio de la libertad probatoria, se puede acreditar que el fondo cumplió con su obligación y deber de información, que actuó de buena fe y no desplegó actos que atentaran o impidieran a la promotora del juicio, permanecer o escoger de manera libre el régimen de pensión deseado.

Finalmente, expresa que la condena impuesta frente a la devolución de los gastos de administración, carece de sentido, debido a que los mismos se realizaron de acuerdo con lo establecido y permitido por la Ley 100 de 1993; que de haber permanecido la demandante en el RPM, también se le hubiese deducido un porcentaje por este concepto, el cual no hace parte de la construcción de la mesada pensional de la parte actora, sino de la administración de esos recursos, por lo tanto, no hay lugar a su devolución.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Liliana Stella Sánchez López nació el día 31 de mayo de 1960 (f° 29, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que realizó cotizaciones en pensión al ISS, hoy Colpensiones desde el 13 de noviembre de 1985, hasta el 31 de enero de 2001, para un total de 262,57 semanas (archivo 6 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **26 de enero de 2001**, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Porvenir S.A. (f.° 79 archivo 4, carpeta 1 del exp. digital), el cual se hizo efectivo a partir del 1° de marzo de 2021.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que

el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito*» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ

SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–26 de enero de 2001–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP PORVENIR suscrito el 26 de enero de 2001, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Los apoderados de las entidades apelantes enfáticamente han argumentado que con la confesión realizada por la promotora del presente juicio al momento de absolver el interrogatorio de parte, se encuentra demostrado que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen, a ella fue le fue brinda una información completa y veraz por parte del asesor de Porvenir, dado que manifestó que él la ilustró sobre las diferencias, consecuencias y los requisitos para pensionarse en cada uno de los regímenes.

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean el sistema pensional en Colombia, ello no quiere decir que este conocimiento haya sido adquirido al momento en que se suscribió el formulario de afiliación y a raíz de lo informado en su momento por el asesor del fondo, ahora en gracia de discusión y de aceptarse que ello fue así, no puede perderse de vista que, la parte actora a lo largo de su intervención, siempre manifestó que su principal motivación para pertenecer al RAIS era el deseo de mantener su derecho pensional a salvo, dado que el asesor que acompañó el proceso de traslado había manifestado que el ISS iba a desaparecer, hecho que generaría que se quedara sin la prestación por vejez, aunado lo anterior, censura el hecho que nunca se le advirtió que su pensión en este régimen sería el equivalente a mínimo, es decir que, la información suministrada a la afiliada estuvo lejos de ser cierta y transparente, pues estuvo precedida de engaño, generando en ella temores infundados respecto de su futuro pensional, situación que no permite indicar que hubo una confesión en los términos del artículo 191 del CGP.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Porvenir S.A., como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

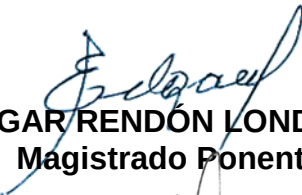
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de febrero de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir, la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	1100131050 2420200016301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ STELLA REY BENITO
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Luz Stella Rey Benito** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Porvenir S.A. por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; que se **ordene** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, y se procede a recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 10 a 12 archivo 3, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 18 de septiembre de 1959, y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 61 años de edad; que ante la campaña de desinformación de Porvenir, firmó el 25 de octubre de 1995, un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, sin habérsele suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, no se le explicó la naturaleza del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM, se omitió dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional, tampoco fue informada de las condiciones que debía cumplir para acceder a una pensión, no se le informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, ni mucho menos que podía hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión y que se le descontaría un porcentaje por concepto de gastos de administración; que antes de los 10 años para alcanzar la edad de 57 años, el fondo privado, no le informó que tenía plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al régimen de prima media.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 18 de septiembre de 1959; que para la fecha de presentación de la demanda contaba con 61 años de edad. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 15, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 18 de septiembre de 1959; que para la fecha de presentación del libelo genitor contaba con 61 años de edad. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de

prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 15 de diciembre de 2021 (archivo 27 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARA la ineficacia de la afiliación de la señora LUZ STELLA REY BENITO al RAIS a través de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscrita el 25 de octubre de 1995.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora LUZ STELLA REY BENITO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: Ordenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a traslada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ STELLA REY BENITO, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, estos es con los rendimientos que hubieren causado, es decir lo que tenga la demandante en la cuenta de ahorro individual en la entidad a la cual se encuentre vinculada actualmente junto con lo que se haya deducido por concepto de gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir a la señora LUZ STELLA REY BENITO como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez sean trasladados los dineros por parte de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. lo correspondiente a los gastos de administración.

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEXTO: Sin condena en costas.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme los criterios jurisprudenciales expuesto por la Corte Suprema de Justicia, las administradores del sistema de seguridad social en pensiones, desde el momento de su creación, deben dar a conocer a los afiliados los regímenes pensionales existentes, así como sus beneficios y sus desventajas, al punto de llegar a desanimar al interesado y su incumplimiento total o parcial se traduce en la ineficacia de su vinculación, soportando las administradoras de pensiones la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del CGP, debiendo demostrar que al momento de la vinculación brindó al futuro afiliado la información clara, completa y comprensible 5 de octubre de 1995, pese a ello, consideró que el fondo demandado no logró acreditar el cumplimiento del deber de información pues dicho documento únicamente refleja la suscripción mecánica del documento, más no que se hubiera suministrado información de manera verbal, por lo que al no verificarse el cumplimiento del deber legal, declaró la ineficacia de la afiliación.

Adicional a lo anterior, al evidenciar la Juez de instancia que la accionante para el momento en que se realizó el acto ineficaz se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, declaró como administradora de los recursos pensionales de la parte actora a Colpensiones, como quiera que esta asumió la administración del régimen de prima media, conforme se dispuso en los artículos 52 y 128 de la Ley 100 de 1993, y el Decreto 693 de 1994 en su artículo 34.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible, en tanto se trataba de una pretensión meramente declarativa y los derechos que surgen de ella tienen igual connotación, como los son los gastos de administración, toda vez que los mismos forma parte inescindible del derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoquen las condenas que le fueron impuestas, indicando para ello que la accionante se encontraba en la imposibilidad de retornar al RPM debido a que no cumplía con los requisitos señalados en las sentencias de unificación 062 y 130, razón por la cual existe una imposibilidad legal para que se aceptara el traslado, más aún cuando ella nunca estuvo afiliada al Instituto de Seguro Social, sino a Cajanal.

Por otro lado, manifestó que con el interrogatorio de parte, no se logró establecer que haya existido una omisión, un engaño en cabeza del fondo privado, como quera que este cumplió con la obligación de brindar la información correspondiente.

También señala que, de encontrarse fundada la declaratoria de ineficacia de esta filiación, se le solicita que se confirme la decisión de devolver a Colpensiones todos y cada uno de los dineros que tenga en su poder porvenir, con ocasión de la filiación de la demandante al RAIS.

La **AFP PORVENIR** también interpuso recurso de apelación con la finalidad que sea revocada totalmente la sentencia apelada, indicando para ello que, no existían razones fácticas o jurídicas para adoptar una decisión este sentido, dado que la parte actora de forma espontánea, sin presiones o apremios de alguna naturaleza, decidió trasladarse al régimen de ahorro individual. A su vez, manifestó que la entidad cumplió con el deber de información consagrado artículo 97 del Decreto 663 del 1993, pues le entregó a la afiliada información del RAIS, obligatoria para el momento del traslado, en una reunión grupal y posteriormente en una individual, producto de toda esa

información, manifestó su voluntad de afiliarse a Porvenir S.A., lo cual quedó plasmado en el formulario de afiliación.

Señaló que, en la sentencia impugnada se reprocha la falta del deber de información del fondo privado, frente a disposiciones que no están vigentes a la fecha de la vinculación de la demandante a Porvenir, por lo que no se verificó el cumplimiento de este, teniendo en cuenta la literalidad de las normas vigentes en la época del traslado, pues recuerda que no es posible realizar interpretaciones más allá de lo que determinó el legislador, adicional a ello, señala que las características del RAIS se encuentran descritas dentro de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, el desconocimiento de la ley por parte de la demandante no la habilita para solicitar la ineficacia del cambio del régimen pensional.

Finalmente, señala que no es posible ordenar la devolución de los dineros recibidos por concepto de gastos de administración, pues estas sumas tienen por mandato legal una destinación específica que se encuentra consagrada en el artículo 20 de la Ley 100 del 1993, y actualmente no reposan en el patrimonio de Porvenir, sino que se invirtieron para la generación de rendimientos, de los cuales la demandante disfruto.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Luz Stella Rey Benito nació el 18 de septiembre de 1959 (f° 49, archivo 3 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al RPM a través de la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá entre el 14 de agosto de 1985, al 4 de diciembre de 1986, del 7 de mayo de 1987, al 31 de mayo de 1992, y del 1 de junio de 1992, al 25 de octubre de 1995 (f° 30 y 32, archivo 15 de la carpeta 1ª

inst. exp. Digital) y *iii*) que el **25 de octubre de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir (f° 30, archivo 15 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en

que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la

administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **-25 de octubre de 1995-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP PORVER S.A. suscrito el 25 de octubre de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, como así lo pretende hacer ver la recurrente Colpensiones. En consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Adicionalmente, resulta oportuno traer a colación la sentencia SL113-2023, en la cual se definió que, una vez declarada la ineficacia, procedía el regreso de los afiliados de las Cajas de Previsión Territoriales, al régimen de prima media, hoy administrado por Colpensiones. Allí se indicó:

(...) En esa medida, es evidente que la ley habilitó a la Caja de Previsión del Distrito para administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados, hasta su liquidación. Al respecto, esta corporación de manera reiterada, entre otras, en decisiones CSJ SL11746-2014, CSJ SL11438-2016, CSJ SL4041-2017, CSJ SL3191-2021, CSJ SL2208-2021, CSJ SL4175-2021 y CSJ SL4334-2021 ha precisado que entidades como Cajanal, administraban el RPM, conclusión que resulta aplicable al presente asunto, pues la Caja de Previsión Distrital tenía la misma naturaleza y finalidad que aquella.

Mas adelante señaló:

(...) implicaciones del incumplimiento del deber de asesoría: La consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de traslado es precisamente retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de dicho cambio de régimen, a través de las restituciones mutuas que deben hacer las partes. En este caso, como quiera que las cajas de previsión social, como a la que estuvo vinculada la actora entre 1992 y 1995, fueron liquidadas, el regreso al statu quo implica que la señora Chirollo Torres debe ser redirigida al único ente que hoy administra las afiliaciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, el ISS, hoy Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones- (CSJ SL4334-2021 y CSJ SL2208-2021). (Subrayado fuera del texto).

Por lo anterior, no queda duda alguna que la decisión adoptada por el Juez de conocimiento, resulta acertada y es consecuente con los pronunciamientos emitidos por el órgano colegiado, razón suficiente para confirmar la decisión de instancia, en lo que a este tema objeto de estudio se refiere.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adocrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado,

junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel en su totalidad, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte

de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

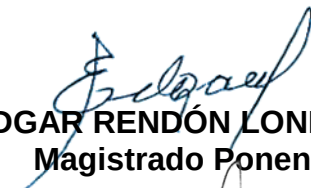
PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de

administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
 Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
 Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
 Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502420200032901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUZ MARINA HERNÁNDEZ RAMÍREZ
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Luz Marina Hernández Ramírez** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Porvenir S.A. por la omisión del deber de información. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones, todas las sumas de , bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras; que se **ordene** a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante, considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPM, y se procede a recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir la historia laboral; que se **ordene** a Colpensiones a reconocer y paga la pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición, junto con el pago de las mesadas ordinarias y extraordinarias; que se

condene a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 11 a 13 archivo 3, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació el 17 de febrero de 1958, para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, contaba con 36 años y a la fecha de presentación de la demanda contaba con 62 años de edad; que ante la campaña de desinformación de los fondos privados, firmó el 25 de octubre de 1995, un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual con la AFP Colpatria hoy Porvenir, sin habersele suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, no se le explicó la naturaleza del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM, se omitió dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional, tampoco fue informada de las condiciones que debía cumplir para acceder a una pensión, no se le informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual, ni mucho menos que podía hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión y que se le descontaría un porcentaje por concepto de gastos de administración; que antes de los 10 años para alcanzar la edad de 57 años, el fondo privado, no le informó que tenía plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al régimen de prima media; que ya cumple con los requisitos de semanas y edad para que se le reconozca la pensión de vejez y se encuentra desafiada del sistema desde el 1 de junio de 2019.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 17 de febrero de 1958. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, excepción de aplicabilidad de la sentencia SL373-2021, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital),

oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante cumple con los requisitos de semanas y edad para que se le reconozca la pensión de vejez. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos o no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 7 de febrero de 2022 (archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARA la ineficacia de la afiliación de la señora LUZ MARINA HÉRNANDEZ RÁMIREZ al RAIS a través de la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., suscrita el 10 de agosto de 1999.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora LUZ MARINA HÉRNANDEZ RÁMIREZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: Ordenar a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a traslada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARINA HÉRNANDEZ RÁMIREZ, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, estos es con los rendimientos que hubieren causado, es decir, lo que tenga la demandante en la actualidad cuenta de ahorro individual o en el momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a recibir a la señora LUZ MARINA HÉRNANDEZ RÁMIREZ como su afiliada, actualizar y corregir la historia laboral una vez reciba estos dineros de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificada por la ley 797 de 2003, a favor de la señora LUZ MARINA HÉRNANDEZ RÁMIREZ a partir del 1 de junio de 2019, en cuantía inicial de \$1.763.588, prestación pensional que debe reconocerse por 13 mesadas al año, mas los incrementos de ley.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SÉPTIMO: Sin condena en costas en la instancia.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme los criterios jurisprudenciales expuesto por la Corte Suprema de Justicia, los administradores del sistema de seguridad social en pensiones, desde el momento de su creación, deben dar a conocer a los afiliados los regímenes pensionales existentes, así como sus beneficios y sus desventajas, al punto de llegar a desanimar al interesado y su

incumplimiento total o parcial se traduce en la ineficacia de su vinculación, soportando las administradoras de pensiones la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del CGP, debiendo demostrar que al momento de la vinculación brindó al futuro afiliado la información clara, completa y comprensible sobre la trascendencia de la decisión que se estaba adaptando, para el efecto encontró acreditado que la accionante suscribió formulario de vinculación el 10 de agosto de 1999, con la AFP Colpatria Hoy Porvenir, pese a ello, consideró que el fondo demandado no logró acreditar el cumplimiento del deber de información pues dicho documento únicamente refleja la suscripción mecánica del documento de manera libre, espontánea y sin presiones, , más no que se hubiera suministrado información de manera verbal, por lo que al no verificarse el cumplimiento del deber legal, declaró la ineficacia de la afiliación, junto con la devolución por parte de Porvenir, de los aportes realizada por la afiliada, más los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades.

Respecto a la petición de reconocimiento pensional, sostuvo que la accionante nació el 17 de febrero de 1958; por lo tanto, para el 1 de abril de 1994, contaba con 36 años de edad, así las cosas, resultaba ser beneficiaria del régimen de transición tan solo hasta el día 31 de julio de 2010, habida cuenta que en aplicación de lo dispuesto en el acuerdo 049 de 1990, los 55 años de edad fueron cumplidos el 18 de febrero de 2013 y para el 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del actor legislativo 01 de 2005, contaba tan solo con 742 semanas.

Sostuvo que, al perderse los beneficios del régimen de transición, el derecho pensional debía sujetarse a los dispuesto en la ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 2003, disposiciones que en los artículos 33 y 34, exigen a la parte actora 1.300 semanas y 57 años de edad, requisitos que fueron cumplidos por la señora Hernández Ramírez, dado que de su historia laboral se advirtió que cotizó un total de 1.446 semanas, y la edad la alcanzó el 17 de febrero de 2015. De igual forma concluyó que la última cotización realizada por ella había sido en mayo de 2019.

Determinó que, el ingreso base de liquidación sería el de toda su vida laboral, en vistas que la afiliada contaba con más de 1.250 semanas y era el más favorable, el cual fue representado en una suma de \$2.576.678 pesos, que al aplicarle una tasa de reemplazo de 68.44%, teniendo en cuenta para ello 1.446 semanas cotizadas, se estableció como primera mesada pensional \$1.763.588 pesos, prestación que se debe reconocer por 13 mesadas pensionales al año, a partir del 1 de junio 2019.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que respecto a la declaratoria de ineficacia dicho derecho era imprescriptible, en tanto se trataba de una pretensión meramente declarativa y los derechos que surgen de ella tienen igual connotación, como los son los gastos de administración, toda vez que los mismos forma parte inescindible del derecho irrenunciable a la seguridad social. Respecto a la prescripción de mesadas pensional, nada se dijo al respecto.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoque la totalidad de la sentencia apelada y como consecuencia de ello, se desestimen todas las pretensiones de la demanda, en vista que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, en vista que su traslado se realizó sin que se presentaran vicios del consentimiento por error, fuerza o dolo, pues suscribió un formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, al punto de pertenecer allí por más de 15 años dentro.

A su vez, señala que la accionante no puede ser trasladada de régimen, debido a que se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2º de la Ley 797 2003, en la que se señala que una persona no puede trasladarse de régimen cuando le faltan menos de 10 años para cumplir la edad requerida y en el presente asunto la demandante solicitó el traslado cuando estaba próxima a cumplir la edad requerida.

Sostuvo que, lo que se puede evidenciar dentro del presente juicio es negligencia por parte de la accionante, pues únicamente se preocupó por su futuro pensional cuando ya estaba próxima a pensionarse y su deseo de retornar al RPM se basa en que la prestación que sería recibida allí es superior a la recibida en el RAIS, generando con ello una vulneración del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, puesto que al recibir a la demandante como afiliada se está descapitalizando sistema de Seguridad Social y se está atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera.

Finalmente, argumenta que no es posible impartir condena en contra de la entidad por concepto de reconocimiento de su pensión de vejez, debido a que no se encuentra afiliada a Colpensiones, por lo tanto, carece de legitimación por pasiva para reconocer esta prestación, por ello debe ser Porvenir la encargada de su reconocimiento. Ahora, que en caso de ser confirmada dicha decisión, el eventual estudio de derecho pensional estará sujeto a la materialización de la migración de los recursos remitidos por Porvenir, especialmente si se tiene en cuenta que la

demandante nunca ha realizado una reclamación administrativa ante la entidad frente a su derecho pensional.

La **AFP PORVENIR** también interpuso recurso de apelación para q se revoquen las condenas impuestas en la sentencia y como consecuencia de ello, se le absuelvan de estas pretensiones, indicando para ello que la demandante se afilio de manera voluntaria y sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y que su traslado fue informada conforme la normatividad vigente para la fecha. Señaló a su vez, que si bien el deber de información ha existido desde la creación de los fondos privados, esta debía ser necesaria, veraz y suficiente; sin embargo, no estaba la obligación de dar una asesoría más allá de lo que se encontraban por la ley y tampoco se podía atribuir el deber de un buen Consejo, incluso para desincentivar la afiliación de los potenciales afiliados, ni mucho menos una doble asesoría. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales de cada uno de los regímenes pensionales, ni sobre el monto de las pensiones que tendrían en cada uno de ellos, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requisitos siguieron con mucha posterioridad a la afiliación de la demanda, pues se trata de una carga impuesta solamente hasta la expedición de los decretos 2555 de 2010, el decreto 2071 de 2015, y la Ley 1748 de 2014. También señala que, la señora Hernández Ramírez tuvo la oportunidad de leer el formulario de afiliación de Colpatria, y aun cuando no lo hizo, según comunicó en interrogatorio de parte, si tuvo la oportunidad de hacerle preguntas a los asesores comerciales de Colpatria hoy porvenir o haber llegado a sustraerse de firmar dicho documental, sin embargo, decidió plasmar su voluntariedad a través de la firma del formulario.

Por otro lado, señala que la firma del formulario no solamente implica la aceptación de las condiciones del régimen, sino que esta es una prueba suficiente para acreditar la voluntad libre, consciente de la persona que se afilia al fondo, así como del cumplimiento de los deberes de información.

En cuanto a la condena relacionada con la devolución de los rendimientos y los gastos de administraciones, manifestó que los frutos dados por administración de los recursos de la demandante por parte de esta entidad, como consecuencia de la ineficacia del traslado se debe entender que los rendimientos tampoco se han generado, dado que los mismos al ser privativos del régimen de ahorro individual con solidaridad la demandante no tendría derecho a ellos en el RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS. De igual forma y ante la prosperidad de las anteriores pretensiones, se deberá determinar si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de la entidad pública.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Luz Marina Hernández Ramírez nació el 17 de febrero de 1958 (f° 52, archivo 3 y 9 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al RPM a través de cajas de previsión y el Instituto de los Seguros Sociales entre el 01 de septiembre de 1987, al 30 de septiembre de 1999 (f° 31 al 34, archivo 3 y 27 a 29, archivo 7 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y *iii)* que el **05 de agosto de 1995**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con la AFP Colpatria hoy Porvenir (f° 30, archivo 3, f° 51 archivo de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) el cual se hizo efectivo a partir del 01 de octubre de 1999; *iv)* que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 36 años de edad; y *v)* que fue beneficiaria del régimen de transición hasta 31 de julio de 2010, en virtud de lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin

perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que «*existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que*

aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad **–05 de agosto de 1999–**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Colpatria hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP COLPATRIA. suscrito el 05 de agosto de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, como así lo pretende hacer ver la recurrente Colpensiones. En consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adocinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel en su totalidad, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado

al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende la demandante se reconozca su pensión de vejez, como beneficiaria del régimen de transición; sin embargo, esta sala de decisión debe resaltar, que no fue objeto de reparo por parte de este extremo procesal que a pesar de resultarle aplicable el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, del mismo solo fue beneficiaria hasta el 31 de julio de 2010, como quiera para extender ese beneficio a diciembre de 2014, en los términos del Acto Legislativo 01 de 2005, debía acreditar un mínimo 750 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, cuando este entró a regir, de las cuales únicamente demostró haber aportado 742.

Por lo tanto, se hace necesario verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta prestación, bajo los postulados normativos señalados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9º de la Ley 797 de 2003, siendo pertinente citar está en su tenor literal:

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

(...)

Al verificar los requisitos exigidos, se tiene que, la señora Luz Marina Hernández Ramírez nació el 17 de febrero de 1958 (f.º 52 archivo 1 carpeta 1 exp. Digital), concluyendo que llegó a los 55 años de edad del mismo día y mes del año 2013, data última para la cual debía acreditar 1.250 semanas para acceder a su derecho pensional, encontrando la Sala que conforme la historia laboral consolidada expedida por la AFP Porvenir, para dicha fecha contaba solo con 1.150,73 semanas, debiendo acreditar 1.300 semanas, las cuales fueron cotizadas hasta el mes de enero de 2016, por lo tanto, válidamente se puede afirmar que para dicha calenda se causó el derecho pensional objeto de estudio. Por tanto, es claro que la promotora del litigio tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

Ahora bien, es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesario la desafiliación del sistema, conforme lo exige el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y aun cuando de la historia laboral consolidada se advierte que la última cotización de la señora Hernández Ramírez fue en el mes de mayo de 2019 (f.º 35 a 44 archivo 3 carpeta 1 exp. Digital), lo cierto es que esta documental refleja lo cotizado hasta el 16 de abril 2020, sin que se pueda inferir que esa fecha sea la de desafiliación del sistema, en vista que desde la presentación de la demanda hasta la fecha de emisión de la presente providencia han transcurrido más de 2 años y se desconoce si con posterioridad se han realizado más cotizaciones con diferentes empleadores; por ende, el disfrute efectivo de la prestación se hará a partir de la fecha en que dicho requisito efectivamente se demuestre ante Colpensiones.

Cabe aclarar, que para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para el riesgo de vejez, en el porcentaje que le corresponda conforme al artículo 34 de la Ley 100 de 1993, teniendo para ello el salario base de liquidación de toda la vida laboral o de los diez últimos años de cotización (art. 21 ibidem), lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año, y para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que la actora causó

su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

En consecuencia, se modificará el numeral quinto de la decisión de primera instancia, conforme se acaba de exponer.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

Sin Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado

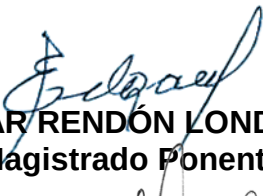
a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

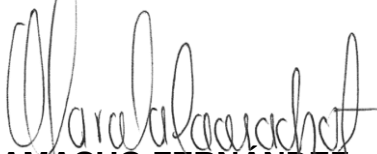
SEGUNDO: MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora LUZ MARINA HERNÁNDEZ RAMÍREZ la pensión de vejez, de los dispuesto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, **una vez se desafilie del sistema**, procediendo a calcular la tasa de reemplazo y el IBL según lo establecido en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993.

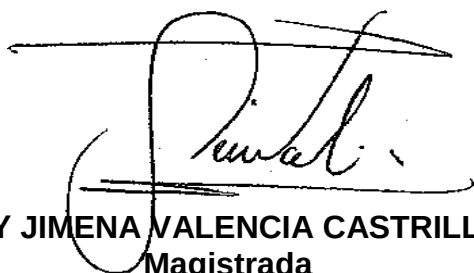
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620190066401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ASTRID DEL CARMEN HUERTAS MARTÍN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Astrid Del Carmen Huertas Martín** se **declare** la nulidad o ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías, quien se fusionó con la AFP Porvenir. Como consecuencia de lo anterior, se le **condene** a esta a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus fruto e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado al régimen de prima media con prestación definida; que se **ordene** a Colpensiones a recibir a la accionante como afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad en el RPM; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 9 a 11 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que desde el 11 de septiembre de 1990, hasta el 10 de junio de 1993, la señora Astrid Del Carmen Huertas Martín estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales; que para el año 1995 se afilió a la AFP Horizonte, según fue informado por Porvenir en respuesta a derecho de petición; que para el año 2000, cuando la demandante se encontraba laborando para la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, los asesores de la AFP Porvenir le presentaron el nuevo régimen pensional, quienes le informaron que los aportes que realizara tendrían unos rendimientos a tasas muy altas, lo que le favorecería al momento de gestionar su pensión de vejez; que estos asesores no le realizaron proyección pensional de acuerdo con la edad ni salario de la época, así como tampoco le informaron que podía retractarse de dicha afiliación ni tampoco que tenía un límite de edad; que la demandante realizó el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; que la señora Huertas cuando se encontraba trabajando en la Secretaria de Educación, estos del 21 de febrero de 2005, al 1 de junio de 2009, se realizaron sus cotizaciones a FOMAG – FIDUPREVISORA; que la demandante tiene cotizadas al sistema general de pensiones, un total de 1.105,93 semanas al 26 de marzo de 2019; que el 15 de marzo de 2019, se radicó derecho de petición ante la AFP Porvenir S.A., en donde se solicitó el retorno del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida; que esta entidad mediante correo electrónico dio respuesta al a solicitud de retorno al régimen de prima media con prestación definida.

Sostuvo que, el día 11 de marzo de 2019, mediante radicado No. 2019_3243660, presentó derecho de petición ante Colpensiones, solicitando se declare la nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad; mediante oficio del 11 de marzo de 2019, radicado No. 2019_3243660 esta entidad manifestó que no era posible realizar la nulidad del traslado del RPM al RAIS; que la AFP Porvenir realizó simulación pensional dentro de la probabilidad de vida de la accionante, estableciéndose que para el cumplimiento de los 60 años el valor de la pensión sería equivalente a \$828.116; que la simulación pensión de la señora Huertas Martín en el régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, conforme lo contemplado en la ley 797 de 2003, determina una mesada pensional mensual equivalente a \$2.817.150 para el cumplimiento de los 57 años de edad.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 104 a 109 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó los extremos temporales en las que la accionante estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida; que elevó solicitud a esa entidad para que se le tuviera como afiliado al RPM y se declarará la nulidad de la afiliación al RAIS, la cual fue resuelta negativamente. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y derecho por falta de causa y título para pedir.

A la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se le tuvo por no contestada la demandada conforme proveído de fecha 30 de agosto de 2021 (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 1 de marzo de 2022 (archivo 14 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante Astrid Del Carmen Huertas al régimen de ahorro individual.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante Olga Cristina Tarazona Sánchez, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicha transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demanda PORVENIR; a favor de la demandante Fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000).

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12136-2014, lo que debe analizarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, es si el acto jurídico que generó el traslado es o no eficaz, es así que para que se entienda que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen y cuáles son sus beneficios, se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión

informada que permita al afiliado una manifestación de voluntad autónoma y consiente.

Señaló que, esta misma corporación en sentencia 68852, reitero que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo tanto, debe analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificar si se cumplió con el deber legal, esto es, determinar si se ilustró al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional.

Por otro lado, dijo que conforme lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, los fondos de pensiones son patrimonios autónomos propiedad de los afiliados independientes de las administradoras, por lo que se debe aplicar normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial. Por su parte, el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, estableció que los fondos de pensiones deben establecer un reglamento que contenga los derechos y deberes de los afiliados, lo cuales deben ser puestos en conocimiento del afiliado al momento de su traslado.

Indicó que, conforme lo sentado por la Corte, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliaciones es insuficientes, toda vez que, se debe demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que se encuentra en cabeza del fondo privado.

Precisó que, conforme la prueba documental allegada, se demostró que la demandante para el año 2000 se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a la AFP Porvenir y que en el formulario de afiliación se plasmaron únicamente los datos personales de la demandante, sin que Porvenir lograra demostrar que la información que le brindó a la demandante al momento de la afiliación haya sido clara, suficiente y eficaz frente a cada una de las características propias del RAIS, la diferencia entre los dos regímenes, tampoco se demostró que le haya indicado cual era el más favorable para su caso particular y futuro pensional, entonces al no demostrarse el deber de información declaró la ineficacia de la afiliación y como consecuencia de ello se ordenó a Porvenir que trasladara a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la afiliada, junto con los rendimientos financiero sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible, dado que se trata de la construcción de un beneficio pensional; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación solicitando se revoken las condenas que le fueron impuestas, indicando para ello que la Ley 100 de 1993, en el artículo 13, determina las características del sistema general de pensiones y como se realiza la selección de las administradoras, indicando para este efecto que la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, ha señalado que tanto los trabajadores del sector público y privado pueden elegir libremente entre cualquiera de los dos régimen que estimen más conveniente, lo anterior como una expresión de la autonomía de la voluntad privada. En ese sentido, se tiene que la primera afiliación de la demandante, no fue para el año 2000, sino para el 28 de febrero de 1995, cuando hizo su traslado del ISS a Horizonte hoy Porvenir y así se desprende del formulario de vinculación No. 473553; posteriormente, se evidencia un traslado horizontal de la AFP Horizonte a la AFP Porvenir, según formulario No. 01485119 suscrito para el año 2000.

Argumentó que, la parte demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte, sostuvo que su traslado a Porvenir para el año 2000, obedeció a que, en varios fondos como Horizonte, Colfondos, Protección y la aquí demandada, le habían manifestado que el ISS se iba a acabar; sin embargo, se evidencia que su traslado al RAIS se realizó en el año 1995, y no para el año 2000; que lo anterior demuestra que la demandante tuvo la opción de escoger el fondo que más le convenía, y retornar al régimen de prima media; así mismo, a la accionante se le habló de cuáles eran sus rendimientos, se le indicó como operaban los rendimientos y cuáles eran sus riesgos, también tuvo diferentes asesoría, lo que la llevó a escoger a la AFP Porvenir.

Manifestó que, conforme las sentencias SL413 de 2018, SL3752 de 2020 y SL1061 de 2021, la demandante tuvo actos de relacionamiento que dan a entender que la demandante nunca quiso pertenecer al régimen de prima media, pues realizó un traslado horizontal y no manifestó su deseo de retornar a dicho régimen, aunado lo anterior, tenía conocimiento sobre cierta característica del RAIS.

La **AFP PORVENIR** también interpuso recurso de apelación con la finalidad que sea revocada la sentencia y consecuencia de ello se absuelva a este extremo procesal de todas las pretensiones de la demanda, indicando para ello que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, la entidad nunca realizó actividades que atenten contra la afiliación de la demandante, dado que le brindo un alternativa de pensión y con su firma impuesta en el formulario de afiliación indicó que se encontraba de acuerdo, que había sido informada y conocía las implicaciones que representaban el traslado de régimen, por lo tanto, no puede indicar la demandante 25 años después

de su traslado, que no se le brindó información completa y que desconocía el régimen al que se encontraba afiliada.

Expresó que, fue aportado formulario de afiliación de la demandante a la AFP Horizonte, el cual da cuenta que la señora Astrid Del Carmen Huertas Martín suscribió este documento de manera voluntaria. De igual forma, el formulario del año 2000, también da cuenta que la accionante suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual; que fue asesorada sobre todos los aspectos del régimen de transición, bonos pensionales, lo que la llevó a seleccionar a Porvenir para que administrara sus aportes pensionales, declarando allí que los datos proporcionados en la solicitud de afiliación son verdaderos y que conoce sobre el derecho de retracto, prueba documental a la que no se le puede restar valor probatorio frente a lo dicho por la demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte, dado que el mismo generó confusión respecto al momento en que se realizó el traslado, pues este se generó en el año 1995, y posteriormente se genera un traslado horizontal con Porvenir para el año 2000, lo que demostró que la actora a pesar de contar con la oportunidad de retornar al régimen de prima media, convalidando su deseo de pertenecer en el RAIS.

Por otro lado, señaló que a pesar que la Corte ha generado una inversión de la carga de la prueba, en virtud de lo dispuesto en el art 167 del CGP, no existe prueba del engaño que pretende hacer valer la demandante, por el contrario la señora Huertas Martin confesó alguna de las características del régimen como el tema de los rendimientos, entre otras consagradas en las ley y su desconocimiento no la exime de cualquier consecuencia que pueda tener, máxime que se trata de una norma de orden público de carácter Nacional.

Finalmente, argumentó que no se debe impartir condena por concepto de gastos de administración, dado que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dispone que en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización, concepto que no forma parte de la pensión de vejez, tampoco es un dinero o capital que le corresponda al afiliado y si es una contraprestación a la buena labora que generó la AFP Porvenir durante los 25 años de afiliación de la demandante con Horizonte hoy Porvenir. Según concepto de la Superintendencia Financiera los únicos dineros que se deban trasladar son los dineros de la cuenta individual, sin que se debe retornar los gastos de administración o la prima provisional de seguro, dado que la aseguradora mantuvo la cobertura durante la vigencia de la póliza, por lo tanto, la devolución ordenada genera el enriquecimiento sin causa de la codemanda Colpensiones, entidad que en ningún momento hizo la buena administración de los recursos que si hizo Porvenir.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Horizonte hoy Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, así como los gastos de administración.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Astrid Del Carmen Huertas Martín nació el 5 de enero de 1967; *ii)* que realizó cotizaciones en pensión al ISS, hoy Colpensiones desde el 11 de septiembre de 1990 hasta el 10 de junio de 1993, para un total de 143,43 semanas (f° 36 a 39, archivo 1 y archivo 2 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* Que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, a pesar de lo anterior, existe controversia frene a la fecha en que se realizó dicho acto.

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de

sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las

mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo

con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, siendo un punto de discusión la fecha en la cual se realizó el traslado de la demandante Astrid Del Carmen Huertas Martín del régimen de Prima de prima media con prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, es necesario entrar a dilucidar dicho aspecto y para tal efecto, tenemos que obra en el informativo certificación de afiliación expedida por Porvenir S.A. con fecha 26 de marzo de 2019, la cual da cuenta que la accionante se encuentra afiliada a dicho fondo desde el 01 de marzo de 1995; a su vez, la historia laboral consolidada y expedida por el fondo de pensiones demandado, demuestran que la señora Huertas realizó cotizaciones en el RAIS desde el mes de mayo de 1996, hasta marzo de 2019; se advierte también que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda Crédito Público en certificación del 26 de marzo de 2019, informó que la demandante realizó selección del régimen de ahorro individual el 1 de marzo de 1995 (f° 43 a 56, 78 a 79, archivo 1 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

De igual forma, tenemos que, a pesar de tenerse por no contestada la demanda por parte de Porvenir S.A., el juzgado de conocimiento en la audiencia que tuvo lugar el 1 de marzo de 2022, decretó como pruebas de oficios las documentales allegadas en el archivo 11 del plenario, del que se avizora histórico de afiliaciones de la actora expedido por Asofondos y del que se evidencia que ella realizó solicitud de traslado de régimen pensional el 28 de febrero de 1995, siendo este efectivo el mismo a partir del 01 de marzo de la misma anualidad, traslado que fue realizado del ISS hoy Colpensiones a la AFP Horizonte y que para el 14 de diciembre de 2000, se realizó un traslado automático de esta AFP a la aquí enjuiciada, siendo este efectivo a partir del 1 de febrero de 2001. Dentro de esta misma prueba documental, fue allegada certificación expedida por la codemandada Porvenir adiada 4 de septiembre de 2021, la que denota que la promotora del presente juicio, registra afiliación al fondo de pensiones obligatorias desde el 1 de marzo de 1995. A su vez, se cuenta con el formulario de traslado de régimen pensional No. 473553, diligenciado por la actora ante Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. el 28 de febrero de 1995, y formulario 01485119 diligenciado ante Porvenir S.A. el 14 de diciembre de 2000 (f° 74 a 79, archivo 11 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

Lo anterior, es más que suficiente para colegir que, contrario a lo sostenido por la Juez de instancia, la señora Astrid Del Carmen Huertas Martin se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. a

partir del 1 de marzo de 1995, y para el 1 de febrero de 2001 se realizó la afiliación de la demandante a otro fondo de pensiones dentro del mismo RAIS, siendo este administrado por la aquí convocada a juicio.

Dilucidado lo anterior, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad –**1 de marzo de 1995**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP HORIZONTE S.A. suscrito el 28 de febrero de 1995, él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de*

leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adocinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021), ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la actora, advierte la Sala que este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Horizonte S.A. hoy Porvenir, haya dado cumplimiento a con el deber de información que le asiste, conforme con lo hasta aquí expuesto. En consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que el traslado se torne ineficaz, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, pese a ello, se deberá modificar la sentencia apelada en el sentido de indicar que el traslado de la accionante se realizó el 1 de marzo de 1995.

De otro lado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, o que por no haber retornado al RPM, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y ello demuestre su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.*** (Negritas fuera del texto original).

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negritas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Las anteriores elucubraciones son más que suficientes para desestimar los recursos de apelación presentados por las apoderadas de las enjuiciadas, en lo que a los temas objetos de estudio se refiere.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre

otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a

trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A., como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

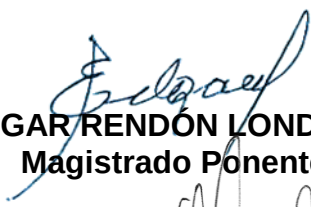
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia emitida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 1 de marzo de 2022, en el sentido de señalar que el traslado del régimen pensional efectuado por la señora ASTRID DEL CARMEN HUERTAS MARTÍN al régimen de ahorro individual, se hizo efectivo a partir del 1 de marzo de 2001, por intermedio de la **HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora, esto es, entre el 1 de marzo de 1995, en adelante. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502620210003501
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ÓSCAR ESCORCIA MANOTAS
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

En Bogotá D. C. a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Óscar Escorcía Manotas** se **declare** la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a la AFP Porvenir, por haber omitido información completa y veraz oportuna e imparcial. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes cancelados al RAIS desde el 1 de octubre de 1995; que se **ordene** a este fondo privado a trasladar a Colpensiones su historia laboral; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 4 a 7 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que nació 18 de mayo de 1959; que ha prestado servicios al sector privado, inicialmente al entonces ISS hoy Colpensiones, entre el 15 de julio de 1986, y el 30 de septiembre de 1995, para un total de 486.43 semanas cotizadas; que por el RPM tendría la expectativa legítima de pensionarse a los 62 años de edad con 1.300 semanas cotizadas y que el monto de su pensión sería en cuantía no inferior a una tasa de reemplazo entre el 65 y el 55% en forma decreciente según el nivel de ingresos, con la expectativa de llegar hasta una tasa entre el 80 y 70.5% del IBL; que a partir del 1 de octubre de 1995, presentó solicitud de traslado del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A., pese a ello, en su momento no se le entregó información con la transparencia necesaria en la exposición de razones, debidamente sustentada para garantizar el derecho a la toma correcta de elección del régimen pensional, no se le realizó proyección del monto pensional, no se le indicó cuáles eran las ventajas o desventajas del traslado pensional.

Señaló que, se le aseguró que se podría ver afectado en su derecho pensional de continuar afiliado en el ISS, en la medida que esta entidad iba a desaparecer; que estuvo afiliado hasta el mes de abril de 1997, y con ellos acumuló un total de 81.43 semanas; que a partir del 1 de mayo de 1997, se trasladó a la AFP Protección S.A.; que al momento de la afiliación con este fondo se le reiteró que tendría mayores rendimiento y beneficios en su pensión, sin que se le hayan entregados proyecciones que sustentaran esta afirmación, no se presentaron elementos de juicio que garantizaran la no afectación de la expectativa pensional, no se le señaló el impedimento que se le presentaría a los 52 años para retornar al ISS; que cotizó con Protección hasta septiembre de 2019 un total de 1.144,52 semanas, para un total de 1.712,43 acumuladas en el RP y RAIS; que mediante oficio de 16 de septiembre de 2020, se solicitó ante Protección S.A. y Porvenir S.A. el informe sobre rentabilidad anual obtenida por los aportes de su cuenta individual, los cálculos de pensión en cada uno de los escenarios establecidos, constancia e información se le suministró al momento de su afiliación, hoja de vida del promotor que dio la presunta asesoría inicial y proyecciones de la pensión de vejez, sin que las mismas hayan dado respuesta a estas peticiones; que su pensión en el RPM sería para el 18 de mayo de 2021, \$3.162.057 teniendo en cuenta una tasa de reemplazo de 76.71% del IBL equivalente a \$4.162.057, mientras que en el RAIS equivaldría a un salario mínimo; el 16 de octubre de 2020, se presentó ante las demandadas solicitud de ineficacia del traslado y reactivación de la afiliación al RPM, peticiones que fueron negada por parte de Colpensiones y Protección, Porvenir guardó silencio.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 7, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el nacimiento de la accionante fue el 18 de mayo de 1959; que su afiliación al ISS hoy Colpensiones data del 15 de julio de 1986; que para el 1 de octubre de 1995, se trasladó a Porvenir S.A., que en este fondo la accionante cotizó 81.43 semanas; que para el 1 de mayo de 1997, se trasladó a Protección, cotizando allí 1.144,57 semanas, acumuló en ambos regímenes 1.712.43 semanas; que fueron radicadas solicitudes ante las demandada relacionadas con información pensional y la ineficacia de traslado. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (archivo 12, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, no aceptó ninguno de los planteados en el escrito genitor. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

De otro lado, **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.** contestó (archivo 5, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el natalicio de la demandante fue el 18 de mayo de 1959, que con Protección cotizó 1.144,57 semanas y acumuló en ambos regímenes 1.712.43 semanas; que su pensión en el RAIS representaría la garantía de la pensión mínima; que el 16 de octubre de 2020, solicitó ante este fondo la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, petición que fue resuelta de manera desfavorable el 21 de octubre de la misma anualidad. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no constarle o no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa e Innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de enero de 2022 (archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante ÓSCAR ESCORCIA MANOTAS del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de septiembre de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCION a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante ESCORCIA MANOTAS, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES .los dineros descontados por gastos de administración durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dicho fondo.

CUARTO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandada PORVENIR Y PROTECCION; a razón de un 50% cada una, Fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000).

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12136-2014, lo que debe analizarse en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, es si el acto jurídico que generó el traslado es o no eficaz, es así que para que se entienda que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implica el traslado de régimen y cuáles son sus beneficios, se debe demostrar que la entidad garantizó una decisión informada que permita al afiliado una manifestación de voluntad autónoma y consiente.

Señaló que, esa misma corporación en sentencia con rad. 6852, reiteró que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo tanto, debe analizarse el momento histórico de la afiliación con la finalidad de verificar si se cumplió con el deber legal, esto es, determinar si se ilustró al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada régimen pensional.

Por otro lado, sostuvo que conforme lo dispuesto en el artículo 97 Ley 100 de 1993, los fondos de pensiones son patrimonios autónomos propiedad de los afiliados independientes de las administradoras, por lo que se debe aplicar normas y principios que regulan los encargos fiduciarios propios de la legislación comercial. Por su parte, el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, estableció que los fondos de pensiones deben establecer un reglamento que contenga los derechos y deberes de los afiliados, lo cuales deben ser puestos en conocimiento del afiliado al momento de su traslado.

Indicó que, conforme lo sentado por la Corte, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliaciones es insuficientes, toda vez que, se debe demostrar un consentimiento debidamente informado, carga de la prueba que se encuentra en cabeza del fondo privado.

Precisó que, conforme la prueba documental allegada, se demostró que el demandante para el año 1995, se trasladó del Instituto de Seguros Sociales a la AFP Porvenir y que en el formulario de afiliación se plasmaron únicamente los datos personales de la demandante, sin que Porvenir lograra demostrar que la información que le brindó al demandante al momento de la afiliación haya sido clara, suficiente y eficaz frente a cada una de las características propias del RAIS, la diferencia entre los dos regímenes, tampoco se demostró que le haya indicado cual era el más favorable para su caso particular y futuro pensional.

Exresó que, encontró acreditado que el accionante se afilió a la AFP Protección para el año 1997, hecho que no significa en modo alguno que se tratara de actos de relacionamiento, toda vez que para dicha data tampoco se le brindó al afiliado una asesoría completa.

Entonces al no demostrarse el cumplimiento del deber de información declaró la ineficacia de la afiliación y como consecuencia de ello se ordenó a Protección a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el afiliado, junto con los rendimientos financiero sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración y a su vez a Porvenir le ordenó restituir a la administradora del régimen de prima media, los dineros descontados a la demandante por concepto de gastos de administración, durante el tiempo que permaneció como afiliado a este fondo pensional.

En cuanto a la excepción de prescripción, señaló que dicho derecho era imprescriptible, dado que se trata de la construcción de un beneficio pensional; en cuanto a los demás medios exceptivos los declaró no probados.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** interpuso recurso de apelación con la finalidad que sean revocados los numerales tercero y sexto de la sentencia apelada, y consecuencia de ello se absuelva a este extremo procesal de las condenas allí impartidas, teniendo en cuenta para ello que, no se debe impartir condena por concepto de gastos de administración, dado que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, dispone que en el régimen de prima media se destina un 3% de cotización, concepto que no forma parte de la pensión de vejez, tampoco es un dinero o capital que le corresponda al afiliado, por lo que podrían ser objeto de prescripción. Por otro lado, indica que la parte demandante también se encuentra obligada a restituir los frutos y los rendimientos que fueron consignados en su cuenta de ahorro individual, lo anterior, conforme lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, por cuanto declarada la nulidad de un acto jurídico, la parte que recibe frutos de la relación contractual, se encuentra en la obligación de restituirlas, de lo contrario se causaría un enriquecimiento sin causa.

La **AFP PROTECCION S.A.** también presentó recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia de instancia de manera parcial, en lo que a las condenas de gastos de administración y seguros previsionales se refiere, argumentado para ello que, durante el tiempo en que estuvo afiliado el demandante a esta entidad, se realizó una excelente gestión de la administración de su cuenta, lo que se evidencias en los altos rendimientos generados, por lo tanto, condenar al fondo por este concepto es castigar su excelente gestión y se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 Código Civil, por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin causa para Colpensiones.

Por otro lado, señala que las cuotas de administración y seguros previsionales se descuentan porque la Ley 100 de 1993, en su artículo 21, así lo autoriza. Señala que estos conceptos también se descuentan en el régimen de prima media, los cuales son completamente diferente al de la pensión, por lo que se podría hablar de prescripción parcial de ellas.

Finalmente, manifestó que los seguros previsionales son pactados con un tercero, al cual se le realizaron pagos mes a mes para mantener vigentes las pólizas que cubrieran al demandante en caso que se generada un siniestro, esto es la invalidez o la muerte; y si bien en el presente caso no se generó el siniestro eso no es razón para tener que devolver esas cuotas, dado que ese no es el funcionamiento de los seguros.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir y Protección, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo el demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, así como los gastos de administración y seguros previsionales.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Óscar Escorcia Manotas nació el 18 de mayo de 1959; *ii)* que realizó cotizaciones en pensión al ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de julio de 1986, hasta el 30 de septiembre de 1995 (f° 21 a 25, archivo 5 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el 24 de septiembre de 1995, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir (f° 89, archivo 12 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) *iv)* que el 4 de abril de 1997, realizó traslado horizontal con la AFP Protección (f.º 39 archivo 5 carpeta 1ª inst, exp. digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria*

*para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».*

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **24 de septiembre 1995** -, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP PORVENIR S.A. suscrito el 24 de septiembre de 1995, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, como en el *sub lite* que el actora pasó de Porvenir a protección, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. **En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen

pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**.

De otro lado, con la finalidad de desatar los recursos interpuestos, se debe advertir lo siguiente, respecto de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados.

Cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral segundo de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquellas, las cotizaciones recibidas en su integridad, lo que incluye gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados

y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Al ser ello así, se deberán desestimar los argumentos presentados por los recurrentes, debiéndose precisar que el demandante no se encuentra obligado a restituir recurso a favor de los fondos demandados, no solo porque él no fue el generador de los hechos que llevaron a declarar que el acto del traslado fuera ineficaz, sino porque tal y como ha sido expuesto ampliamente en esta providencia, todos los recursos que se han ordenado devolver son administrados directamente por los fondos de pensiones y contribuyen fuente de financiamiento de las prestaciones que eventualmente llegaren a sufragar a favor del afiliado por los riesgos de invalidez, vejez y muerte, .

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen del demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, tampoco son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta que estos recursos al contribuir con la financiación y construcción de un derecho pensional tampoco podrían ser objeto de prescripción, aún más, cuando estos recursos constituyen un fondo común de

naturaleza pública, que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho el aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida.

Por lo anteriormente expuesto, tampoco salen avantes las elucubraciones planteadas por los apelantes.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Protección y Porvenir, como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

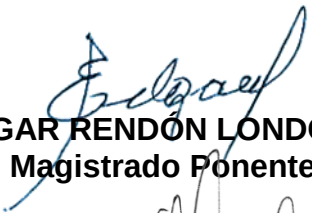
SEGUNDO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliada a esa administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán

aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A. y Porvenir S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Protección y Porvenir, la suma de \$1.160.000 cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente